

جامعة الإمارات العربية المتحدة

مَجَـلّة

الشَريعة والقانـــــون



« حولية مُحَكَّمَة »

صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي.

المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي.

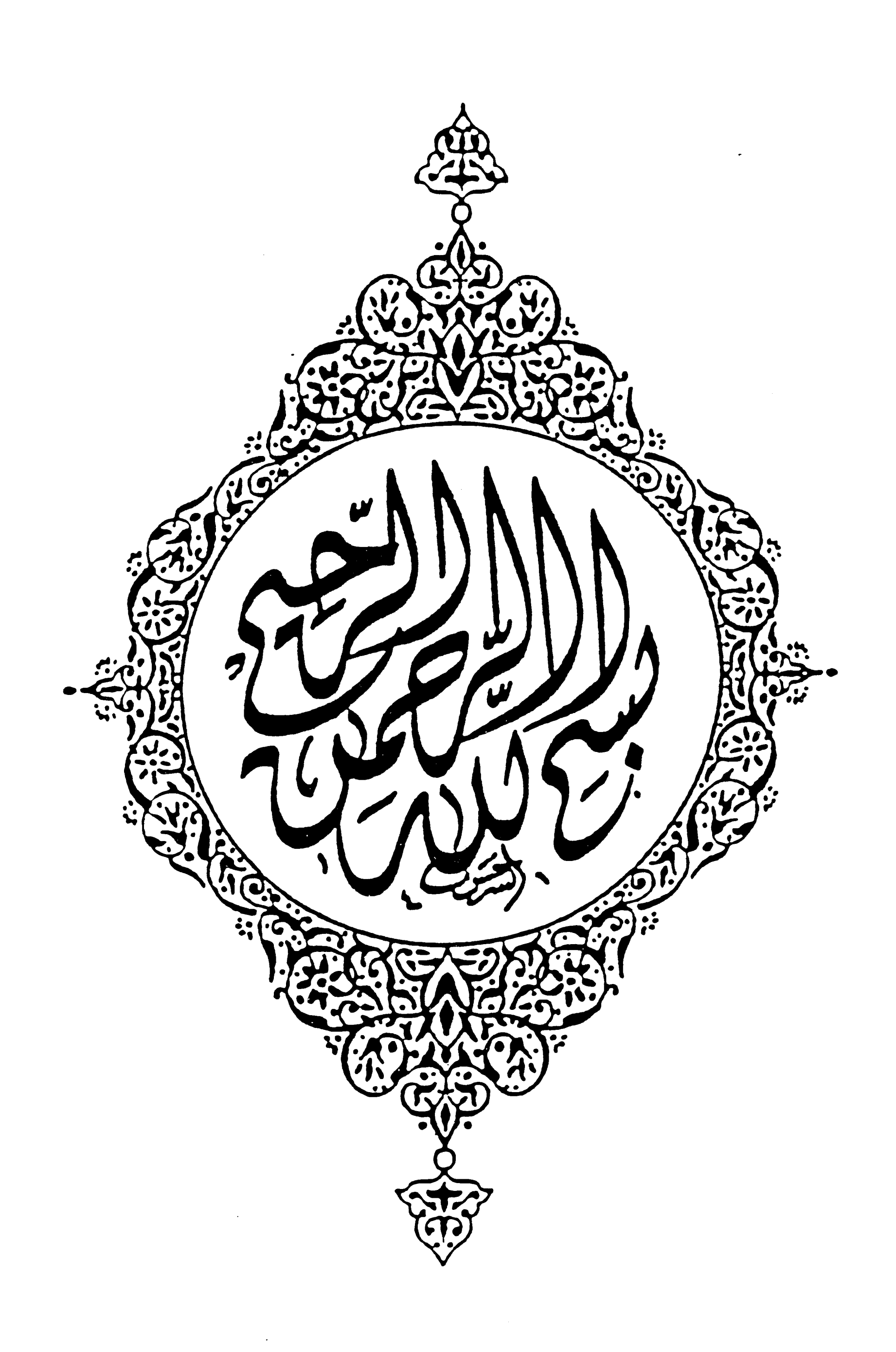
حكم قتل المدنيين الحربيين حال اشتراكهم في محاربة المسلمين.

حق الموظف الأردني في الانتماء الحزبي.

Positive Approach To The Disputes Over The Three Islands

العدد العاشر جمادى الثاني / رجب ١٤١٧هـ - نوفمبر ١٩٩٦م




بسم الله الرحمن الرحيم



بســـم اللّــه الرَّحمـنِ الرَّحيـم

﴿ يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ ءَامَنُواْ مِنكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُواْ الْعِلْمَ دَرَجَٰتٍ ﴾

صدق الله العظيم

ترسل البحوث باسم الأستاذ الدكتور رئيس التحرير على العنوان التالي :
دولة الإمارات العربية المتحدة - جامعة الإمارات العربية المتحدة -
كلية الشريعة والقانون - العين - ص ٠ب ١٥٥٥١ - هاتف ٦٤٣٩٩٨



هيئة التحرير

الأبحاث مرتبة وفق اعتبارات فنية بحتة لا علاقة لها بقيمة البحث العلمية ولا بمكانة الباحث ..

المحتويات

دراسات باللغة الإنجليزية :

أهداف المجلة وقواعد النشر

أولاً : أهداف المجلة :

مجلة كلية الشريعة والقانون حولية محكّمة متخصصة تصدرها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، وتهدف إلى :

١- نشر البحوث المبتكرة والتي يعدها المتخصصون في مجالي الشريعة والقانون من أجل إثراء البحث العلمي في هذين المجالين، مع إتاحة فرص النشر والنمو العلمي لأعضاء هيئة التدريس بالكلية.

٢- توطيد الصلات العلمية والفكرية بين كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة ونظائرها في الجامعات الخليجية والعربية والإسلامية والعالمية .

٣- معالجة القضايا الإنسانية المعاصرة في إطار الشريعة والقانون، سيما مايختص منها بدولة الإمارات العربية المتحدة ومنطقة الخليج، والعالم العربي والإسلامي.

٤- متابعة ورصد اتجاهات الحركة العلمية في نطاق الشريعة والقانون عن طريق التعريف بالكتب والترجمات الحديثة في مجالي الشريعة والقانون، والرسائل الجامعية التي تقدم للجامعات الخليجية والعربية والإسلامية والعالمية، والمؤتمرات، والندوات العلمية التي تتناول قضايا الإنسان وبيئته في المجالين المذكورين، بالإضافة إلى أخبار التراث الفكري الإسلامي والعربي والفتاوى الشرعية والقانونية.

٥- إتاحة فرص التبادل العلمي مع المجلات العلمية المماثلة التي تصدرها الكليات المناظرة في الجامعات الأخرى على مستوى العالم .

ثانياً : قواعد النشر :

١ - تقوم مجلة الشريعة والقانون بنشر الدراسات الأصيلة والمبتكرة ذات الصلة بالفقه الإسلامي والقانون بفروعهما ، والمتسمة بالعمق والإثراء المعرفي.

٢ - تقبل البحوث باللغة العربية أوالإنجليزية أو الفرنسية، على أن يتراوح حجم البحث بين خمسة آلاف وعشرة آلاف كلمة، (١٦-٣٢) صفحة من النوع العادي، عدا المراجع والأشكال والصور والملاحق.

٣- يجب ألا يكون البحث جزءاً من رسالة الدكتوراه أو الماجستير التي أعدها الباحث، وألايكون قد سبق نشره على أي نحو كان أو إرساله للنشر في مجلة أخرى ويثبت ذلك بإقرار كتابي يمهره الباحث بتوقيعه.

٤- ضرورة اتباع الأصول العلمية من حيث الإحاطة والاستقصاء، والحواشي والمصادر والمراجع، إلى غير ذلك من القواعد المرعية في البحوث العلمية، مع مراعاة أن تكون مراجع وهوامش كل صفحة أسفلها.

٥- يجب أن يراعى في البحوث المتضمنة لنصوص شرعية ضبطها بالشكل مع الدقة في الكتابة.

٦- أن يكون البحث خالياً من الأخطاء اللغوية والنحوية، مع مراعاة الترقيم المتعارف عليه في الأسلوب العربي، وضبط الكلمات التي تحتاج إلى ضبط.

٧- أن يكون البحث مرقوماً على الآلة الكاتبة، أو بالحاسوب، أو مكتوباً بخط واضح، وتزود هيئة التحرير بثلاث نسخ منه.

٨- يرفق البحث بنبذة موجزة عن مُعدِّه، تعرف به، وبسجله العلمي، وأبرز أبحاثه ومؤلفاته العلمية.

٩- يتم عرض البحث -على نحو سري- على محكِّمَين من الذين يقع عليهم اختيار هيئة تحرير المجلة .

١٠- يخطر أصحاب البحوث بالقرار حول صلاحيتها للنشر أو عدمه خلال مدة لاتتجاوز الشهرين من تاريخ وصوله لهيئة التحرير.

١١- تعد الأقسام العلمية لائحة المحكمين الداخليين والخارجيين وتعتمدها لجنة المجلة، وتصرف المكافآت وفقاً للقواعد المعمول بها في الجامعة .

١٢- يراعى في أولوية النشر مايلي :

أ - الأبحاث المرتبطة بمجتمع دولة الإمارات العربية.

ب- تاريخ وصول البحث لرئيس هيئة تحرير المجلة .

جـ- تنويع الأبحاث موضوعاً وأشخاصاً .

بسم الله الرحمن الرحيم

تصدير

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن اتبع هداه وسار على نهجه إلى يوم الدين. وبعد،

فإنه ليسعدني إصدار العدد العاشر من "مجلة الشريعة والقانون"، الذي هو أحد منجزات العام الثامن عشر لإنشاء كلية الشريعة والقانون، ويواكب من حسن الطالع العام العشرين لإنشاء جامعة الإمارات العربية المتحدة، التي تسير بخطى حثيثة لتبلغ المكانة العلمية التي تبوأتها أرقى الجامعات في العالم.

وتلقى كلية الشريعة والقانون في مسيرتها العلمية الرائدة كل العون والتأييد والتشجيع من قبل سمو الرئيس الأعلى للجامعة، ومدير الجامعة، ونواب مدير الجامعة، وأمينها العام، لتواصل مسيرة العطاء المتميزة في مجالات التدريس والبحث العلمي وخدمة المجتمع.

وتسير الخطة الدراسية للكلية وفقاً للمبادىء العليا السامية التي تسير عليها دولة الإمارات الناهضة، وفي مقدمتها العمل على حسن تطبيق شرع الله، وعلى أن توافق القوانين الصادرة في الدولة ماجاء بأحكام الشريعة الغراء. وهو واجب على المشرع أن يراعيه عند إعداد القوانين، وهو ماذكر صراحة في الدستور الاتحادي، وفي المادة الأولى من قانون العقوبات الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧، والمادة الأولى من قانون المعاملات المدنية رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.

ولهذا فإن الدراسة والبحث العلمي في كلية الشريعة والقانون يقومان على

أساس المقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي والمعطيات التي تقوم عليها القوانين الحديثة. وهو ماتتميز به كذلك المجلة التي تصدرها الكلية حيث تضم في كل عدد صادر عنها مجموعة من الأبحاث المتميزة في المجالين الشرعي والقانوني باللغات العربية والإنجليزية والفرنسية. وهو ماجعلها تتميز برسالتها وموضوعات أبحاثها، بصورة أدت إلى تزايد الطلب عليها على نحو مستمر من الباحثين والجهات العلمية المختلفة .

وتنشر مجلة "الشريعة والقانون" الأبحاث المتميزة لأعضاء هيئة التدريس بالكلية، وللباحثين من الجامعات العربية، وذلك بعد تحكيمها من قبل اثنين من المحكمين الثقاة. وتعطي هيئة التحرير الأولوية للأبحاث التي تخدم قضايا الشريعة الإسلامية، ومجتمع دولة الإمارات العربية المتحدة، ثم المنطقة العربية بصفة عامة.

وتستلهم كلية الشريعة والقانون، فضلاً عن المجلة الصادرة عنها، في عملها الهدي القرآني العظيم : ﴿وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون، وستردون إلى عالم الغيب والشهادة فينبئكم بما كنتم تعملون﴾، والهدي النبوي الكريم :" إن الله يحب إذا عمل أحدكم عملاً أن يتقنه" .

نسأل الله تعالى التوفيق والسداد في جميع أعمالنا،

وهو الهادي إلى سواء السبيل.

عميد كلية الشريعة والقانون

ورئيس التحرير

أ.د. محمد أبو العلا عقيدة

البحـوث والدراسـات



بسم الله الرحمن الرحيم

صيانة المديونيات
ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي

إعداد

الدكتور محمد عثمان شبير *

* أستاذ مساعد بكلية الشريعة - الجامعة الأردنية له العديد من البحوث والمؤلفات .

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه، ومن دعا بدعوته إلى يوم الدين.

أما بعد . . . فإن موضوع «صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي» من الموضوعات المهمة في وقتنا الحاضر، لأنه يشغل بال التجار وأصحاب رؤوس الأموال والقائمين على المؤسسات الاقتصادية الإسلامية: من بنوك وشركات ومصانع ، ويشكل مشكلة اقتصادية. ولذا تكثر حوله الأسئلة: فما حقيقة الدين وما أسباب تعثر المديونيات ومامنهج الإسلام في معالجة المديونيات المتعثرة؟ لهذا أحببت أن أكتب في هذا الموضوع؛ لعلي أُسهم في حلّ هذه المشكلة .

ولما كان البعد الفقهي هو الأساس في هذا الموضوع، فقد رجعت إلى عدد وافر من المراجع والمصادر الفقهية التي تمثل أكثر المذاهب الفقهية ذيوعاً، هذا بالإضافة إلى كتب التفسير وشروح الأحاديث النبوية الشريفة، وكتب اللغة وكتب القوانين المعاصرة.

وقد قسمت هذا البحث إلى : تمهيد، ومبحثين، وخاتمة:

تكلمت في التمهيد عن حقيقة المديونيات وأسباب تعثرها .

وفي المبحث الأول : عن وسائل صيانة المديونيات من التعثر.

وفي المبحث الثاني : الوسائل المشروعة لمعالجة المديونيات المتعثرة.

وفي الخاتمة لخصت أهم نتائج البحث.

والله أسأل أن يكون هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم، وأن يجعله في ميزان حسناتي يوم لاينفع مال ولابنون .

تمهيد : في المديونيات وأسباب تعثرها :

قبل بيان منهج الإسلام في معالجة المديونيات المتعثرة لابد من بيان حقيقة الدين، وأسباب تعثر المديونيات ٠

أولاً : حقيقة الدين وأسبابَ ثبوته في الذمة :

إن طبيعة البحث في موضوع معالجة المديونيات المتعثرة تقضي ببيان حقيقة الدين وأسباب ثبوته في الذمة :

١- حقيقة الدين :

الدين في اللغة : مأخوذ من دين (الدال والياء والنون) ترجع إلى أصل واحد -كما قال ابن فارس- وهو : الانقياد والذل فيقال : دان الرجل للسلطان أي خضع وذل٠ ويقال: دنت الرجل وأدنته إذا أخذت منه ديناً، فأنا مدين ومديون٠ والدين فيه كل الذل، ولهذا قيل : " الدين ذل بالنهار وغم بالليل"[1] .

والدين في اصطلاح الفقهاء يطلق على معنيين : أحدهما عام، والآخر خاص٠

أ- فالدين -بالمعنى العام- يطلق على كل مايشغل ذمة المرء، ويطالب بالوفاء به من مال وغيره: كثمن المبيع والزكاة والصلاة والحج وغير ذلك٠ ولذلك عُرِّف بأنه : الذي ثبت في الذمة [2] .

ب- والدين -بالمعنى الخاص- يطلق على مايشغل ذمة المرء من مال، ويطالب بالوفاء به٠ ولذلك عرَّفه ابن عابدين بأنه: " ماوجب في الذمة بعقد أو

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣١٩/٢، المصباح المنير للفيومي ٢٧٩/١، الكليات لأبي البقاء ٣٢٧/٢٠

(٢) مجمع الأنهر شرح ملتقي الأبحر لداماد ٣١٥/٢٠

استهلاك "[1] . وعرّفه ابن الهمام بأنه : " اسم مال واجب في الذمة يكون بدلاً من مال أتلفه، أو قرض أو مبيع عقد بيعه أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة وهو المهر أو استئجار عين"[2] .

٢- أسباب الدين :

يتبين مما سبق أن أسباب الدين ترجع إلى الأمور التالية :

أ- العقد : وهو سبب من أسباب ثبوت الدين في الذمة سواء كان بإرادة منفردة: كالوصية، أو بإرادتين : كالبيع بثمن مؤجل والسَّلم وغير ذلك.

ب- الفعل الضار: وهو كل فعل غير مشروع يفعله الإنسان بغيره مما يوجب الضمان: كالإتلاف والغصب وغير ذلك.

ج- الفعل النافع : وهو كل فعل مشروع يؤديه الإنسان لغيره بشرط أن يأخذ عوضاً عنه: كمن التقط لقطة وأنفق عليها بإذن القاضي. فما يرجع به على صاحب اللقطة عند ظهوره يعتبر ديناً في ذمة صاحبها .

د- النصوص الشرعية التي توجب على الإنسان التزاماً مالياً: كنفقة الزوجة ومهرها، ونفقة الأقارب وغير ذلك.

٣- البيع الآجل سبب رئيسي للدين في معاملات البنوك الإسلامية :

لما كان البيع الآجل هو أكثر الأسباب لثبوت الدين في ذمة المتعاملين مع البنوك الإسلامية فسأقتصر على تفصيل القول فيه.

---

(١) حاشية ابن عابدين ١٥٧/٥.

(٢) فتح القدير ٤٧١/٥.

والبيع الآجل : هو البيع الذي يكون فيه أحد العوضين مؤجلاً كالسَّلَم وهو بيع آجل بعاجل. وقد دل على جوازه قوله تعالى : ﴿إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ [1] فقد نزلت هذه الآية - كماقال ابن عباس- في السَّلَم الذي كان يمارسه أهل المدينة[2] . فلما قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المدينة المنورة والناس يسلفون في التمر السنتين والثلاث قال لهم رسول الله: « من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» [3] .

والبيع الآجل لايقتصر على السَّلَم، وإنما يطلق على كثير من البيوع منها بيع السلعة بثمن مؤجل وهو يسمى (بيع النسيئة) سواء أكان الثمن في هذا البيع مساوياً لثمن النقد أم زائداً عليه. ومما يدل على جوازه قوله صلى الله عليه وسلم : « ثلاث فيهن البركة، البيع إلى أجل، والمقارضة، وإخلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع » [4] . وروت السيدة عائشة رضي الله عنها : « أن رسول الله صلى ا لله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل، ورهنه درعه » [5] .

وحكمة مشروعية البيع الآجل تظهر من خلال سياق آية المداينة، فقد جاءت بعد آيات النهي عن الربا المحرم الذي يمحق المال؛ لتبين للمسلم الطريق الشرعي لتنمية المال وزيادته وصيانته عن الفساد والبوار[6] .

---

(١) آية ٢٨٢ من سورة البقرة.
(٢) البحر المحيط لأبي حيان ٧٢٢/٢.
(٣) صحيح البخاري مع فتح الباري ٤٢٩/٤.
(٤) سنن ابن ماجة ٧٦٨/٢، وقال محمد فؤاد عبدالباقي: في إسناده صالح بن صهيب: مجهول ، وعبدالرحيم بن داود: حديثه غير محفوظ. ونقل المناوي في فيض القدير عن الذهبي:" حديث واه جداً "، فيض القدير٣٠٤/٣.
(٥) صحيح مسلم ١٢٢٦/٣.
(٦) بتصرف من تفسير الرازي ١٠٧/٧.

ولما كان البيع بما فيه البيع الآجل قد يشتبه بالربا لوجود الزيادة فيه فقد قال تعالى : ﴿ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ [1] .
قال الطبري : " فقد أحل الله الأرباح في التجارة والشراء والبيع وحرم الربا يعني الزيادة التي يزاد رب المال بسبب زيادته غريمه في الأجل وتأخيره دينه عليه. يقول الله عز وجل وليست الزيادتان اللتان إحداهما من وجه البيع والأخرى من وجه تأخير المال والزيادة في الأجل سواء، وذلك أني حرمت إحدى الزيادتين، وهي التي وجه تأخير المال والزيادة في الأجل وأحللت الأخرى منهما وهي التي وجه الزيادة على رأس المال الذي ابتاع به البائع سلعته التي يبيعها فيستفضل فضلها. فقال الله عز وجل « ليست الزيادة من وجه البيع نظير الزيادة من وجه الربا؛ لأنني أحللت البيع وحرمت الربا، والأمر أمري والخلق خلقي أقضي فيهم ما أشاء واستعبدهم بما أريد ليس لأحد منهم أن يعترض في حكمي ولا أن يخالف أمري وإنما عليهم طاعتي والتسليم لحكمي» [2] .

فالزيادة في البيع الآجل تفترق عن الزيادة في الربا من عدة وجوه :

أ- الزيادة في البيع الآجل جُعِلت مقابل العمل والضمان، فالبائع يبذل جهداً في شراء السلعة وتدخل في ضمانه بعد أن يمتلكها وإذا هلكت تهلك عليه، في حين أن الزيادة في الربا لم تجعل مقابل شيء إلا الأجل، فالمرابي لم يقدم على شراء سلعة ولم يضمن وإنما يبادل نقداً بنقد بزيادة.

ب- الزيادة في البيع الآجل ربما لاتتحقق؛ لأن العوضين غير متماثلين في حين أن

(١) آية ٢٧٥ من سورة البقرة.

(٢) جامع البيان في تفسير القرآن للطبري ٣/٩٦.

الزيادة في الربا متحققة؛ لأن العوضين متماثلان فالربا نقود مقابل نقود مع زيادة لأجْل الأجَل·

ج - الزيادة في البيع الآجل جزء من ثمن السلعة الذي لايتغير ولو تأخر المدين في السداد· في حين أن الزيادة في الربا مرتبطة بالأجل، تزيد بزيادته وتنقص بنقصانه·

ثانياً : أسباب تعثر المديونيات :

إن تعثر المديونيات من المصطلحات الحديثة التي لم يتداولها الفقهاء السابقون، وإنما عبروا عنها بتعذر حصول الدين [1] ، وعبر عنها ابن تيمية بالعيب في الدين حيث قال : "فمتى كان المدين عاجزاً، كان هذا عيباً في الدين·· وهو عجز المشتري عن الأداء بالإفلاس"[2] · ويمكن إرجاع أسباب تعثر المديونيات إلى مايلي:

١- الإعسار :

الإعسار لغة : مصدر أعسر بمعنى افتقر· وأصل العسر يدل على الصعوبة والشدة· والعسرة تعسر وجود المال أو الإقلال منه [3] ·

والإعسار في الاصطلاح : عدم القدرة في الحال على أداء ما ترتب في الذمة من حقوق مالية [4] ·

والمدين المعسر يطلق على العديم : وهو الذي لايجد شيئاً يقضي منه دينه· كما

(١) مغني المحتاج للشربيني ١٥٨/٢·

(٢) نظرية العقد لابن تيمية ١٥٤·

(٣) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣٢١/٤، المفردات للأصفهاني ٣٣٤، المصباح المنير للفيومي ٥٥٩/٢·

(٤) معجم لغة الفقهاء لرواس قلعجي وقنيبي ص٧٧·

يطلق على غير العديم: وهو الذي يجحف به الأداء: كمن يملك بعض الأعيان التي ينتفع بها، ولايستغني عنها، فإن باعها لقضاء دينه تأثر بذلك [1] .

٢- المماطلة :

المماطلة لغة : من مطلت الحديدة إذا مددتها وطولتها، ومنه مطله بدينه إذا سوّفه بوعد الوفاء مرة بعد أخرى [2] .

والمماطلة أو المطل : " تسويف القادر المتمكن من أداء الدين الحال " [3] وبعبارة أخرى : امتناع المدين الموسر عن أداء الدين الحال. ولذا فلا يعد المدين مماطلاً إذا كان معسراً -كما قال ابن حجر- :" يحرم على الغني القادر أن يمطل بالدين بعد استحقاقه بخلاف العاجز "[4]. وكذلك لايعد المدين مماطلاً إذا امتنع عن أداء الدين المؤجل -كما قال الباجي- :" فلا يكون منع مالم يحل أجله من الديون مطلاً، وإنما يكون مطلاً بعد حلول أجله، وتأخير مابيع على النقد عن الوقت المعتاد في ذلك على وجه ماجرت عليه عادة الناس" [5] . وكذلك لايعد المدين مماطلاً إذا تأخر عن السداد ليتمكن من بيع أمواله وعروضه [6].

والمطل ظلم ويستحق فاعله العقوبة لقوله صلى الله عليه وسلم : " مطل الغني ظلم " وفي رواية : " ليّ الواجد يحل عرضه وعقوبته " [7] أي يبيح للدائن أن يذكر

(١) القوانين الفقهية لابن جزيء ٣٥.

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣٣١/٥، المصباح المنير ٧٩٠/٢.

(٣) فيض القدير للمناوي ٥٢٣/٥.

(٤) فتح الباري لابن حجر ٤٦٥/٤.

(٥) المنتقى للباجي ٦٦/٥.

(٦) البدائع للكاساني ١٧٣/٧، تبصرة الحكام لابن فرحون ٣٢٣/٢.

(٧) صحيح البخاري ٥٥/٣، ٨٥، صحيح مسلم ١١٩٧/٣.

مدينه بين الناس بالمطل وسوء المعاملة، ويبيح للحاكم عقوبته بالحبس والتعزير وغير ذلك مما سيأتي ذكره في المبحث الثالث. وقد عدّ الهيثمي المطل كبيرة من الكبائر حيث قال : " عدّ هذا كبيرة لم أره، لكنه صريح الحديث الأول ومابعده، إذ الظلم وحلّ العرض والعقوبة من أكبر الوعيد، بل صرح جماعة من أئمتنا وزعموا فيه الاتفاق" [1] .

٣- المـــوت :

الموت لغة ضد الحياة، فيقال : مات الحي موتاً إذا فارقته الحياة[2] . ولايخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي، ولذلك عرفه الجرجاني بأنه : " صفة وجودية خلقت ضداً للحياة "[3] . وعرّفه الدامغاني بأنه : " ذهاب الروح والأجل، وهو الموت الذي لا يعود صاحبه إلى الدنيا"[4] .

فإذا مات الإنسان انقطع عن ماله، ووضع الورثة أيديهم على ماترك من أموال، ووجب عليهم قبل قسمة المال سداد الديون التي كانت على مورثهم مما ترك من أموال إذا كانت الديون حالة، أما إذا كانت الديون مؤجلة فتحل بالموت عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية وأحمد في رواية؛ وذلك لأنه لايجوز أن تبقى الديون في ذمة الميت لخرابها، ولايجوز أن تكون في ذمة الورثة لأنهم لم يلتزموا بها [5] .

(١) الزواجر عن اقتراف الكبائر للهيثمي ٢٥٠/١.

(٢) لسان العرب لابن منظور ٥٤٦/٣، المعجم الوسيط ٨٩٧/٢.

(٣) التعريفات للجرجاني ٣٠٤.

(٤) الوجوه والنظائر للدامغاني ٤٤٦.

(٥) حاشية ابن عابدين ١٥٨/٥، القوانين الفقهية ٣٤٦، الكافي لابن عبدالبر ٨٢٥/٢، المعيار المعرب ٢٣١/٦، المغني ٤٨٢/٤، الإنصاف ٣٠٧/٥.

وقد خالف في ذلك أحمد في رواية وأبو عبيد وإسحق وابن سيرين حيث قالوا : الدين المؤجل لايحل بموت المدين إذا كان للميت ورثة، ووثقوا الدين برهن أو حميل أو غير ذلك؛ لأن الموت ماجعل مبطلاً للحقوق، وإنما هو ميقات للخلافة وعلامة على الوراثة [1] بدليل قوله صلى الله عليه وسلم : " من ترك مالاً فلورثته " [2] .

والراجح ماذهب إليه أحمد في رواية ومن معه من أن الدين المؤجل لايحل بموت المدين إذا كان له ورثة، ووثقوا هذا الدين برهان أو حميل أو غير ذلك؛ لأن حق الدائن لم يتأثر بشيء .

أما إذا لم يترك المدين المتوفى مالاً فلا يجب على الورثة قضاء دين مورثهم. وبذلك يتعثر سداد الدين.

٤- جحود الدين :

الجحود في اللغة : من جحد الحق وبالحق جحداً وجحوداً : أنكره ولايكون إلا على علم [3] .

ولايخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي، حيث قال النووي في معنى الجاحد: " من أنكر شيئاً سبق اعترافه به " [4] .

فإذا جحد المدين الدين فقد تعذر حصول الدائن على دينه، وكان المدين آثماً

---

(١) المغني لابن قدامة٤/٤٨٢، الإنصاف ٥/٣٠٧.

(٢) الحديث رواه البخاري (٥/٨)، ومسلم (١٢٣٧/٣)، والترمذي (٤١٣/٤)، وأبو داود (٢٤٧/٣)، وابن ماجه (٨٠٧/٢).

(٣) المصباح المنير ١٢٥/١.

(٤) تحرير ألفاظ التنبيه للنووي ٥٠.

ومرتكباً لكبيرة من الكبائر لقوله تعالى : ﴿ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾[1] .
قال ابن عباس: هذا في الرجل يكون عليه مال، وليس عليه فيه بينة، فيجحد المال، ويخاصم إلى الحكام، وهو يعرف أن الحق عليه، وهو يعلم أنه آثم آكل حرام[2] .
وقال تعالى: ﴿فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي أؤتمن أمانته وليتق الله ربه﴾[3].
قال ابن العربي في تفسير الآية : " إن أسقط الكتاب والإشهاد والرهن، وعول على أمانة المعامل، فليؤد الذي أؤتمن أمانته فليتق الله ربه " [4] .

٥- كساد النقود أو انقطاع التعامل بها :

الكساد لغة : من كسد يكسد -من باب قتل- كساداً إذا لم ينفق لقلة الرغبات فهو كاسد وكسيد[5] .

والكساد في الاصطلاح : أن يبطل التداول بنوع من العملة، ويسقط رواجها في البلاد كافة [6].

فإذا أبطلت النقود وانقطع التعامل بها في جميع البلاد ، فقد كسدت، وتعثر تحصيل الديون، لاختلاف الدائن مع المدين في قيمة تلك الديون وهل تقضى بالنقود الكاسدة؟ أم بقيمتها وهل تكون قيمتها يوم انعقاد العقد أو يوم كساد النقود ؟

ومما ينبغي التنبيه عليه أن معالجة المديونيات المتعثرة بهذا السبب تحتاج إلى بحث مستقل.

---

(١) آية ١٨٨ من سورة البقرة.
(٢) تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٢٢٥/١.
(٣) آية ٢٨٣ من سورة البقرة.
(٤) أحكام القرآن لابن العربي ٢٦٢/١.
(٥) المصباح المنير ٧٣١/٢.
(٦) شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر ١٠٨/١، شرح رسالة تنبيه الرقود على أحكام النقود لابن عابدين ص٦.

المبحث الأول
وسائل صيانة المديونيات من التعثر

تتضمن الشريعة الإسلامية عدة وسائل لضمان حق المدين وصيانته من التعثر. ويمكن تقسيم ذلك إلى ثلاثة مطالب وهي : صيانة المديونيات من الجمود، وصيانتها من الإعسار، وصيانتها من المماطلة، وفيما يلي بيان وسائل صيانة كل سبب :

المطلب الأول
صيانة المديونيات من الجمود

جاءت الشريعة الإسلامية بوسائل توثيقية لضمان حق الدائن وصيانته من الجمود ومن هذه الوسائل :

١- توثيق الدين بالكتابة :

الكتابة لغة : الخط، وهو تصوير اللفظ بحروفه[١] . وهي في الاصطلاح : الخط الذي يُوثق الحقوق بالطريقة المعتادة ليرجع إليها عند الحاجة [٢].

والكتابة مشروعة حيث أمر الله تعالى بها في قوله :﴿ إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾[٣] . وقد استعملها النبي صلى الله عليه وسلم في جميع المجالات : من بيوع ومعاهدات وغير ذلك. فقد روى العداء بن خالد قال : كتب

---

(١) المصباح المنير ٧١٩/٢.

(٢) وسائل الإثبات للزحيلي ٤١٧.

(٣) آية ٢٨٢ من سورة البقرة.

لي رسول الله صلى الله عليه وسلم كتاباً جاء فيه : " هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد صلى الله عليه وسلم اشترى منه عبداً، أو أمة، لا داء ولاغائلة[1] ولا خبثة بيع المسلم من المسلم "[2]

وحكمة مشروعية كتابة الديون والعقود - كما قال السرخسي- :

أ- صيانة الأموال، وقد أمرنا بصيانتها ونهينا عن إضاعتها.

ب- قطع المنازعة، فإن الكتاب يصير حكماً بين المتعاملين ويرجعان إليه عند المنازعة، فيكون سبباً لتسكين الفتنة، ولا يجحد أحدهما حق صاحبه مخافة أن يخرج الكتاب وتشهد الشهود عليه بذلك، فيفضتح في الناس.

ج- التحرز من العقود الفاسدة؛ لأن المتعاملين ربما لايهتديان إلى الأسباب المفسدة للعقد ليتحرزا عنها، فيحملها الكاتب على ذلك إذا رجعا إليه ليكتب.

د- رفع الارتياب ، فقد يشتبه على المتعاملين إذا تطاول الزمان مقدار البدل ومقدار الأجل، فإذا رجعا إلى الكتاب لايبقى لواحد منهما ريبة، وكذلك بعد موتهما تقع الريبة لوارث كل واحد منهما بناء على ماظهر من عادة أكثر الناس من أنهم لايؤدون الأمانة على وجهها، فعند الرجوع إلى الكتاب لاتبقى الريبة بينهم [3] .

وقد اختلف العلماء في حكم كتابة الديون والبيوع الآجلة: فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى : استحباب الكتابة [4] ؛ لأن الأمر في

---

(١) الغائلة : الفجور، وقال قتادة : الغائلة : الزنا والسرقة والإباق.

(٢) صحيح البخاري مع فتح الباري٤/٣٠٩، وسنن الترمذي ٣/٥٢٠.

(٣) المبسوط للسرخسي ٣٠/١٦٨.

(٤) أحكام القرآن للجصاص ١/٤٨١، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/٣٨٣، أحكام القرآن للالكيا الهراس ١/٣٦٤، نهاية المحتاج للرملي ٨/٣٢١، المغني لابن قدامة ٤/٣٠٢.

قوله تعالى : ﴿فاكتبوه﴾ قد قارنته قرينة تصرفه من الوجوب إلى الندب، وهي قوله تعالى:﴿فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي أؤتمن أمانته وليتق الله ربه﴾[1] .

وذهب عطاء والشعبي والنخعي وابن حزم الظاهري إلى : وجوب الكتابة للأمر الوارد في الآية؛ والأمر يقتضي الوجوب [2] .

والذي أميل إليه ماذهب إليه جمهور الفقهاء من أن كتابة الديون مستحبة؛ لأن القول بالوجوب يوقع المسلمين في الحرج لكثرة مايقع بينهم من عقود ومداينات. لكن إذا اشترط العقادان الكتابة لزمهما الوفاء بهذا الشرط؛ لأنه من الشروط التي تحقق مصلحة العاقدين. ولايتعارض مع نص من نصوص الشريعة الإسلامية.

٢- الإشهاد على الدين والعقود :

الإشهاد في اللغة الحضور[3] وهو في الاصطلاح:"إخبار عن شيء بلفظ خاص"[4] وبعبارة أخرى : " إخبار صدق لاثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القاضي"[5] .

والإشهاد في العقود والمداينات مشروع بدليل قوله تعالى : ﴿وأشهدوا إذا تبايعتم﴾ [6] وقوله تعالى : ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ﴾ [7] .

---

(١) آية ٢٨٣ من سورة البقرة.
(٢) الجامع لأحكام القرآن ٣٨٣/٣، المحلى لابن حزم ٤٦٧/٨.
(٣) المصباح المنير٤٤٣/١.
(٤) حاشية قليوبي ٣١٨/٤.
(٥) الدر المختار للحصفكي مع حاشية ابن عابدين ٤٦١/٥.
(٦) آية ٢٨٢ من سورة البقرة.
(٧) آية ٢٨٢ من سورة البقرة.

وحكمة مشروعية الإشهاد -كما قال ابن قدامة- : لأنه أقطع للنزاع، وأبعد عن التجاحد.

وقد اختلف في حكم الإشهاد كما اختلفوا في حكم الكتابة والراجح ماذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة من أنه مندوب، لكن إذا اشترطاه لزم الوفاء به.

المطلب الثاني
صيانة المديونيات من الإعسار

توجد عدة وسائل توثيقية لصيانة حق الدائن عند إعسار المدين ومن هذه الوسائل :

١- الرهن :

الرهن لغة : الثبوت والدوام ويأتي بمعنى الاحتباس[١] . وهو في الاصطلاح " جعل عين وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر الاستيفاء "[٢] .

والرهن مشروع بدليل قوله تعالى : ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة﴾ [٣] . وروت السيدة عائشة رضي الله عنها : " أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعه " [٤] .

حكمة مشروعية الرهن أنه وثيقة بدين للاستيفاء منه عند عجز المدين عن

(١) المصباح المنير ١/ ٣٣٠.
(٢) تحرير ألفاظ التنبيه للنووي ١٩٣.
(٣) آية ٢٨٣ من سورة البقرة.
(٤) صحيح مسلم ٣/١٢٢٦.

الوفاء، وهذا مما يحقق اطمئنان الدائن على أمواله كما يحقق للمدين تيسير الحصول على مايحتاج إليه من أموال بالدين.

وحكم الرهن جائز وليس واجباً بالإجماع كما قال ابن قدامة [1] . لكن إذا اشترط في عقد من الدين أصبح واجباً؛ لأنه يحقق مصلحة الطرفين.

٢- الكفالة :

الكفالة لغة : الضم والضمان[2] . والكفالة والضمان والحمالة والقبالة بمعنى واحد في استعمالات الفقهاء -كما قال السمناني- : " لافرق بين الكفالة والضمان والحمالة والقبالة " [3] . وتعرف الكفالة بأنها : " ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين " [4] .

والكفالة مشروعة بدليل قوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾[5] قال ابن الجوزي في تفسير الزعيم : الكفيل [6] . وقال صلى الله عليه وسلم :" الزعيم غارم " [7] أي أن الكفيل ضامن.

وحكمة مشروعية الكفالة أنها وثيقة بالدين يتوثق بها الدائن لاستيفاء دينه عند عجز المدين عن الوفاء، كما أنها تحقق مصلحة المدين في الحصول على المال

---

(١) المغني ٣٦٢/٤.
(٢) المصباح المنير ٧٣٦/٢.
(٣) روضة القضاة للسمناني ٤٥٠/١.
(٤) تبيين الحقائق للزيلعي ١٤٦/٤.
(٥) آية ٧٢ من سورة يوسف.
(٦) زاد المسير في علم التفسير لابن الجوزي ٢٥٩/٤.
(٧) سنن الترمذي ٢٦٨/٥.

بالدين. وهي مظهر من مظاهر التعاون بين المسلمين. قال الزاهد البخاري : " فيها إظهار الشفقة ومراعاة الأخوة ببذل الذمة ليضمها إلى الذمة فينفسخ وجه المطالبة ويسكن قلب المطالب بسبب السعة "[1] .

وحكم الكفالة أنها جائزة باتفاق الفقهاء كما قال ابن هبيرة وابن قدامة[2] . وتصبح واجبة إذا اشرطها الدائن.

٣- اشتراط الاشتراك في التأمين التبادلي :

يلجأ البنك الإسلامي الأردني إلى إلزام المدين للبنك بالاشتراك في صندوق التأمين التبادلي الذي أنشأه. وينص نظام الصندوق على أن المشترك يسدد نسبة معينة من الدين المؤمن عليه في حساب خاص لهذه الغاية على سبيل التبرع بحيث لايستطيع استرداده. ويستحق المشترك تعويضاً عند التعرض لخطر من الأخطاركالموت أو الإعسار، فيدفع له من أموال الصندوق ما نسبته (٥٠٪) من رصيد دين المشترك القائم المؤمن عليه بحد أقصى خمسة آلاف دينار أردني. ويشترط فيمن يشترك في هذا الصندوق :

أ- أن يكون شخصاً طبيعياً ، فلا يقبل اشتراك شخص معنوي كشركة مساهمة.

ب- أن لايتجاوز الدين مبلغ عشرين ألف دينار.

ويجوز تجاوز هذين الشرطين بقرار من المدير العام للبنك. وتنتهي علاقة

(١) محاسن الإسلام للزاهد البخاري ٩٤.

(٢) الإفصاح لابن هبيرة١/٣٨٥، المغني لابن قدامة ٤/٥٩٣.

المشترك بالصندوق في حالة تسديد جميع الدين المؤمن عليه [(١)] .

فما حكم اشتراط هذا الشرط على المدين للبنك الإسلامي؟

إن هذا الشرط يتضمن أمرين :

الأول : اشتراط إخراج مبلغ من المال على سبيل التبرع للمساهمة في وجوه صرف صندوق التأمين التبادلي. وقد سبق وتكلمنا عن اشتراط إخراج صدقة تصرف للفقراء والمساكين. ورجحنا جواز ذلك : وهذا الشرط قريب منها.

الثاني : اشتراط قبول الهبات والتبرعات من الصندوق عند العجز عن الأداء. فقد نص الفقهاء على أن المدين لايجبر على قبول صدقة أو هدية عند إعساره لسداد دينه. فقال الخرشي : " لايلزم المفلس أن يتسلف مالاً لأجل غرمائه ولاقبول هدية ولاصدقة "[(٢)] . وقد علل ابن قدامة ذلك بقوله : " وأما قبول الهبة والصدقة ففيه منّة ومعرّة تأباها قلوب ذوي المروءات " [(٣)] .

ولكن قبول التعويض أو الهبات والتبرعات من صندوق التأمين التبادلي مختلف عن قبول الهبة والصدقة الفردية، فلا توجد في التأمين المعنى الذي ذكره ابن قدامة، وإنما يشتمل التأمين التبادلي على التعاون على البر والتقوى قال تعالى : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولاتعاونوا على الإثم والعدوان﴾[(٤)] . وليس فيه لأحد منّة على أحد، لأن جميع المشتريكين فيه معرضون للوقوع في خطر العجزعن الأداء. فيجوز اشتراط هذا الشرط لأنه يحقق مصلحة كل من الدائن والمدين.

(١) انظر النظام الأساسي لصندوق التأمين البتادلي لدى البنك الإسلامي الأردني.

(٢) حاشية الخرشي ٥/ ٢٧٠، وانظر أيضاً : حاشية الدسوقي ٣/ ٢٧٠، تبيين الحقائق ٥/ ١٩٩، كشاف القناع ٣/ ٤٤٠.

(٣) المغني لابن قدامة ٤/ ٤٩٦.

(٤) آية ٢ من سورة المائدة.

المطلب الثالث

صيانة المديونيات من المماطلة

ظهرت في هذا العصر عدة وسائل لصيانة حق الدائن من مماطلة المدين. ومن هذه الوسائل:

الوسيلة الأولى : **الشرط الجزائي في الديون :**

الشرط الجزائي من المصطلحات الحديثة التي لم تكن متداولة لدى فقهاء المسلمين السابقين، وإنما دخل مجال القوانين المدنية المعمول بها في الدول العربية نتيجة التأثر بالقوانين الوضعية الغربية، ويقصد به حماية حق الدائن والحصول عليه في الوقت المحدد. فما حقيقة هذا الشرط وماحكمه؟ وهل توجد صور له في الفقه الإسلامي؟ هذا ما سنجيب عنه في هذا المبحث.

أولاً : **حقيقة الشرط الجزائي :**

إن الحكم على الشيء فرع عن تصوره فلا بد أن يسبق الحكم على الشرط الجزائي بيان حقيقته والتي تتضمن تعريفه وخصائصه وأغراضه ومجالاته وشروطه. وفيما يلي بيان لذلك :

١- تعريف الشرط الجزائي وخصائصه :

الشرط الجزائي : " اتفاق المتعاقدين في ذات العقد أو في اتفاق لاحق، وبشرط أن يكون ذلك قبل الإخلال بالالتزام على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن عند

عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو تأخيره عنه فيه "[1] .

وبهذا التعريف يختص الشرط الجزائي بما يلي :

أ- الشرط الجزائي اتفاق بين المتعاقدين على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن عند الإخلال بالالتزام. وهو بهذا يختلف عن الغرامة التعويضية التي يحكم بها القاضي على المدين بعد الإخلال[2] .

ب-الشرط الجزائي تقدير جزافي للتعويض عن الضرر الذي سيلحق الدائن نتيجة إخلال المدين بالالتزام. ولذلك قد يكون المبلغ المتفق عليه كبيراً لايتناسب مع الضرر الذي لحق الدائن، وقد يكون قليلاً . ففي حالة كبر التعويض الاتفاقي يجوز للقاضي تعديله، بحيث يكون متناسباً مع الضرر . أما في حالة قلة التعويض فلا يجوز تعديله بالزيادة عليه[3] كما جاء في المادة (٢٢٥ مدني مصري) : " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً ".

ج- الشرط الجزائي اتفاق على مقدار التعويض سابق لوقوع الإخلال في الالتزام، وهو إما أن يدرج في العقد ويدخل ضمن بنوده، وإما أن يوضع في ملحق من ملحقات العقد. وهو بهذا يختلف عن الصلح عن الدين الذي يحصل بعد الإخلال بالالتزام، أو مايسمى بتجديد الدين[4] .

---

(١) نظرية الالتزام في القانون المدني المصري لأحمد حشمت أبو ستيت ٤٤٢، النظرية العامة للالتزام لجميل الشرقاوي ٥٦/٢.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٨٦٦/٢.

(٣) النظرية العامة للالتزام للشرقاوي ٦١/٢.

(٤) نظرية الالتزام لأحمد حشمت أبو ستيت ٤٤٢.

د- الشرط الجزائي عقوبة تترتب على إخلال المدين بالالتزام، وهي إما أن تكون مبلغاً من النقود : كالتعويض الاتفاقي، وإما غير ذلك : كتعجيل أقساط الدين المؤجلة إذا تأخر المدين عن دفع قسط منها [1] . وهو بهذا يختلف عن العربون الذي يدفعه أحد المتعاقدين عن التعاقد بقصد استكمال إجراءات العقد، ويحسب ذلك العربون من الثمن إذا أمضى العقد.

هـ- الشرط الجزائي التزام تبعي، والمبلغ المتفق عليه ليس هو محل الالتزام الأصلي، وإنما هو تعويض اتفاقي يدفع للدائن عند عدم التنفيذ أو التأخير عن الوقت المحدد. ويترتب على ذلك أن لايطالب بذلك التعويض قبل المطالبة بالالتزام الأصلي، وأن مصير الشرط الجزائي يتبع الالتزام الأصلي، فإذا بطل هذا الالتزام بطل الشرط الجزائي، ولايبطل الالتزام الأصلي ببطلان الشرط الجزائي، كما يترتب على ذلك أن فسخ العقد يترتب عليه زوال الشرط الجزائي بأثر رجعي [2] .

٢- أغراض الشرط الجزائي :

يهدف الشرط الجزائي إلى تحقيق الأغراض التالية [3] .

أ- ضمان تنفيذ العقد وعدم الإخلال بموجبه، فإن وجود الشرط الجزائي يحمل المدين على عدم التهاون بالعقد وآثاره.

---

(١) الوسيط للسنهوري ٨٥٢/٢.

(٢) نظرية الالتزام لأحمد أبوستيت ٤٤٦.

(٣) انظر : النظرية العامة للالتزام للشرقاوي ٥٧/٢، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، أحكام الالتزام لعبد المجيد الحكيم ٣١/٢، الشرط الجزائي لزكي الدين شعبان ١٢٦، الشرط الجزائي لنجاري عبدالله ص١٤، والشرط الجزائي للرويشد ص٦١.

ب- تجنب المتعاقدين اللجوء إلى القضاء وما فيه من إجراءات قضائية طويلة ومصاريف باهظة.

ج- تجنب المتعاقدين تدخل القضاء في تقدير التعويض المترتب على الضرر الذي سيلحق الدائن.

د- إعفاء الدائن من عبء إثبات الضرر الذي يصيبه عند إخلال المدين بالتزامه.

٣-أنواع الشرط الجزائي وصوره :

الشرط الجزائي متعدد الصور، ويمكن تصنيفها في نوعين :

النوع الأول : ماهو مقرر لعدم تنفيذ الأعمال، والنوع الثاني : ماهو مقرر لتأخير الوفاء بالالتزامات. وفيما يلي بيان لذلك :

النوع الأول : الشرط الجزائي المقرر لعدم تنفيذ الأعمال أو تأخيرها :

ويندرج تحته عدة صورة منها :

الصورة الأولى : الشرط الجزائي المقترن بعقد المقاولة، والذي يتضمن دفع مبلغ من النقود عن كل يوم يتأخر فيه المقاول عن الوقت المحدد.

الصورة الثانية : الشرط الجزائي المقترن بعقد العمل، والذي يتضمن خصم مبلغ معين من النقود من أجرة العامل إذا أخل بالتزاماته المختلفة.

الصورة الثالثة : الشرط الجزائي المقترن بعقد إجارة أرض زراعية، والذي يتضمن تعويض المؤجر عن تأخير تسليم الأرض الزراعية خالية

من الزراعة عن وقت انتهاء مدة الإجارة[1] .

النوع الثاني : الشرط الجزائي المقرر لتأخير الوفاء بالالتزامات التي يكون محلها مبلغاً من النقود كالديون : ويندرج تحته صورتان :

الصورة الأولى : الشرط الجزائي المقترن بعقد بيع آجل أو عقد قرض، والذي يتضمن دفع مبلغ معين عن كل يوم تأخير، أو عن كل شهر، أو عن كل سنة، أو غير ذلك مما يتفق عليه [2] .

الصورة الثانية : الشرط الجزائي المقترن بعقد بيع التقسيط، والذي يتضمن تعجيل باقي الأقساط إذا تأخر المدين عن دفع قسط منها[3] .

٤- شروط استحقاق الشرط الجزائي " التعويض الاتفاقي " :

لما كان الشرط الجزائي التزاماً تبعياً وليس أصلياً فلا يستحق بمجرد النص على اشتراطه، وإنما يتسحق بتوافر شروط معينة: من وقوع المدين في الخطأ، ولحوق الضرر بالدائن، وغير ذلك مما سنفصله [4] :

أ - وجود خطأ من المدين. أما عند عدم وجود هذا الخطأ فلا يستحق الدائن هذا التعويض، ويقع عبء إثبات الخطأ على الدائن.

ب- أن يصاب الدائن بضرر، فإذا لم يوجد ضرر فلا يستحق الدائن هذا التعويض. ويقع عبء إثبات عدم وقوع الضرر بالدائن على المدين. لأن القانون افترض وقوع الضرر بالدائن بمجرد التأخير، فلا يحتاج إلى إثبات،

(١) الوسيط للسنهوري ٨٥٢/٢.

(٢) النظرية العامة للالتزام لحجازي ١٦٨/٣.

(٣) الوسيط للسنهوري ٨٥٢:٢.

(٤) الوسيط للسنهوري ٨٥٦/٢، النظرية العامة للالتزام للشرقاوي ٤٠/٢.

وعلى المدين أن يثبت عدم وقوع الضرر.

ج - أن تتوافر رابطة السببية بين الخطأ والضرر بأن يكون الضرر الذي لحق الدائن بسبب خطأ المدين، أما إذا كان هذا الضرر بسبب أجنبي فلا يستحق الدائن التعويض.

د- أن يتم إعذار المدين وإخطاره بتنفيذ الالتزام وإلا وقع عليه الشرط الجزائي. أما إذ لم يقم الدائن بإعذاره فلا يكون مستحقاً للتعويض.

ثانياً: حكم الشرط الجزائي المقرر لتأخير الوفاء بالديون في الفقه الإسلامي:

بينا سابقاً أن الشرط الجزائي نوعان : نوع يتعلق بتنفيذ الأعمال وهو خارج عن موضوع بحثنا[1] . ونوع يتعلق بالديون وهو الذي سأفصل القول فيه، وفيما يلي بيان لأحكام بعض الصور التي تتعلق به :

---

(١) إذا كان محل الالتزام عملاً من الأعمال واتفق طرفا العقد على شرط جزائي: مثل ما إذا أخل المقاول بالتزامه دفع للطرف الآخر مبلغاً معيناً من النقود، وإذا أخل الأجير بالتزاماته حسم صاحب العمل من أجرته مبلغاً معيناً من المال. فإن هذا الشرط جائز في وجه عند بعض الفقهاء. وقد أفتى بجوازه كثير من العلماء والهيئات ولجان الفتوى: مثل إدارة البحوث والإفتاء في المملكة العربية السعودية، ودار الإفتاء المصرية، والهيئة الشرعية في بيت التمويل الكويتي، والدكتور زكي الدين شعبان. واستندوا في جواز ذلك إلى مايلي :

أ- ماروى البخاري في صحيحه عن محمد بن سيرين: أنه قال رجل لكريه : رحّل ركابك، فإن لم أرحل معك في يوم كذا وكذا فلك مائة درهم، فلم يخرج. فقال شريح القاضي : " من شَرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه " (عمدة القاري مع صحيح البخاري ١٤/٢١).

ب- ولأن هذا الشرط مما يقتضيه العقد ويحقق مصلحة العاقدين؛ إذ أنه يحفز على إكمال العقد في وقته المحدد.

(انظر : بحث الشرط الجزائي ضمن أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية ٢١٤/١. والشرط الجزائي للشيخ عبدالحميد السائح، مجلة البنوك في الأردن، ص١٠، والشرط الجزائي للدكتور زكي الدين شعبان ضمن مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، ص١٤٠).

الصورة الأولى : حكم الشرط الجزائي المتضمن تعويض الدائن بمبلغ من النقود إذا تأخر المدين عن الوفاء في الوقت المحدد:

إذا اتفق الدائن مع المدين على تعويضه مبلغاً معيناً عن كل يوم تأخير؛ فإن هذا الشرط لايجوز شرعاً باتفاق الفقهاء لأنه صريح الربا كما قال الحطاب: " إذا التزم المدعى عليه للمدعي أنه إذا لم يوفه حقه في كذا فله عليه كذا وكذا٠ فهذا لايختلف في بطلانه: لأنه صريح الربا، وسواء كان الشيء الملتزم به من جنس الدين أو غيره، وسواء كان شيئاً معيناً أو منفعة "٠ وقد أنكر على من قال بوجوب الوفاء به واعتبر ذلك من الغفلة حيث قال : " وحكم به بعض قضاة المالكية الفضلاء بموجب الالتزام، وما أظن ذلك إلا غفلة منه " [1] .

ومن هذا يتبين أن الشرط الجزائي المقرر لتأخير الوفاء بالديون يعتبر ربا نسيئة وهو محرم بنص القرآن الكريم والإجماع .

١- فمن القرآن قوله تعالى : ﴿الذين يأكلون الربا لايقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾[2] ٠ فالربا المنهي عنه هو ربا الجاهلية وهو - كما قال قتادة- : " إن ربا الجاهلية يبيع الرجل البيع إلى أجل مسمى فإذا حلّ الأجل ولم يكن عند صاحبه قضاء زاد وأخر " [3] ٠ وقال ابن القيم : " فأما الربا الجلي فربا النسيئة، وهو الذي كانوا يفعلونه في الجاهلية مثل : أن

---

(١) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ١٧٦٠

(٢) آية ٢٧٥ من سورة البقرة٠

(٣) تفسير الطبري ٦٧/٣، فتح الباري لابن حجر ٣١٣/٤٠

يؤخر دينه ويزيده في المال، وكلما أخره زاد في المال، حتى تصير المائة عنده آلافاً مؤلفة " [1] .

أما ماروي عن بعض فقهاء الشافعية والمالكية من أن الربا الذي نزل به القرآن مجمل غير واضح فغير صحيح كما قال الكياهراس : " والصحيح أن الربا غير مجمل والذي كان في الجاهلية كان القرض بزيادة، وما كانوا يؤجلون إلا بزيادة في نفس النسيء" [2] . وقال ابن العربي : " إن من زعم أن هذه الآية مجملة لم يفهم مقاطع الشريعة فإن الله تعالى أرسل رسوله صلى الله عليه وسلم إلى قوم هو منهم بلغتهم وأنزل عليهم كتابه -تيسيراً منه- بلسانه ولسانهم وقد كانت التجارة والبيع عندهم من المعاني المعلومة، فأنزل عليهم مبيناً لهم ما يلزم فيها ويعقدونها عليه ٠٠ والربا في اللغة الزيادة والمراد في الآية كل زيادة لم يقابلها عوض ٠٠ " [3] .

٢- وقد نقل الإجماع على تحريم ربا النسيئة بالمعنى السابق المتضمن لزيادة لأجْل الأجَل كثير من الفقهاء منهم الجصاص حيث قال : " ولاخلاف أنه لو كان عليه ألف درهم حالة، فقال له : أجلني أزيدك فيها مائة درهم؛ لايجوز لأن المسألة عوض عن الأجل كذلك الحط في معنى الزيادة إذ جعله عوضاً من الأجل وهذا هو الأصل في امتناع جواز أخذ الأبدال عن الآجال "[4] .

---

(١) أعلام الموقعين لابن القيم ١٥٤/٢٠

(٢) أحكام القرآن للاكلياهراس ٣٥٦/١٠

(٣) أحكام القرآن لابن العربي ٢٤٢/١٠

(٤) أحكام القرآن للجصاص ٤٦٧/١٠

وقال ابن عبد البر : " أجمع العلماء من السلف والخلف على أن الربا الذي نزل بالقرآن تحريمه : هو أن يأخذ صاحب الدين لتأخير دينه بعد حلوله عوضاً عينياً أو عرضاً، وهو معنى قول العرب : إما أن تقضي، وإما أن تربي"[1] . وقال ابن قدامة : " الربا على ضربين : ربا الفضل وربا النسيئة. وأجمع أهل العلم على تحريمهما" [2] .

وقد قال بعدم جواز هذا الشرط كثير من العلماء المعاصرين منهم الشيخ زكي الدين شعبان والشيخ الزرقا، والدكتور الصديق الضرير، فقال الشيخ الزرقا: " إن الاتفاق على مقدار ضرر الدائن عن تأخير الوفاء له محذور كبير، وهو أنه قد يصبح ذريعة لربا مستور بتواطؤ من الدائن والمدين، بأن يتفقا في القرض على فوائد زمنية ربوية، ثم يعقد القرض في ميعاده، لكن يستحق عليه الدائن تعويض تأخير متفق عليه مسبقاً يعادل سعر الفائدة، فلذلك لايجوز في نظري"[3] . وقال الدكتور الصديق الضرير : " لايجوز أن يتفق البنك مع العميل المدين على أن يدفع له مبلغاً محدداً أو نسبة من الدين الذي عليه في حالة تأخره عن الوفاء في المدة المحددة، سواء أسمى هذا المبلغ غرامة أو تعويضاً أو شرطاً جزائياً لأن هذا هو ربا الجاهلية المجمع على تحريمه "[4] .

ولهذا لم تأخذ به بعض القوانين المدنية العربية؛ لأنه ربا محرم، ومن هذه

(١) الكافي لابن عبد البر ٦٣٣/٢، وانظر القوانين الفقهية لابن جزيء ٢٧٨.

(٢) المغني لابن قدامة ٣/٤.

(٣) مقال : هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن، ضمن مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد الثاني، المجلد الثاني، ص٩٥.

(٤) في فتوى له بشأن الشرط الجزائي على سؤال موجه من بنك البركة وهي منشورة في مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي- جامعة الملك عبدالعزيز، العدد(١) المجلد (٣)، ١٤٠٥هـ ص١١٢.

القوانين القانوني المدني الكويتي، والقانون المدني الأردني[1] .

بهذا يتبين أن الشرط الجزائي المتضمن الاتفاق على مقدار التعويض لأجل التأخير لايجوز شرعاً إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود؛ لأنه ربا نسيئة. ولايجوز أيضاً ما يسمى اليوم "بجدولة الديون" لأنها تتضمن زيادة الدين لأجل تأخير الأجل.

الصورة الثانية : حكم اشتراط التعويض التأخيري بعد وقوع الضرر :

إذا اشترط الدائن على المدين في حالة امتناعه عن الوفاء بالدين في الوقت المحدد، وكان موسراً، ولحق الدائن ضرر بسبب هذا الامتناع؛ أن يدفع تعويضاً عن الضرر الذي لحق بالدائن يقدره أهل الخبرة بذلك، أو يتفق عليه فيما بعد بين الدائن والمدين، أو يقرره القاضي : فهل يجوز مثل هذا الشرط؟

قبل أن أبين الحكم الشرعي في هذا الشرط أود أن أنبه إلى أن البنك الإسلامي الأردني قد وضع هذا الشرط في عقوده ونصه : " يشترط في حالة حلول أجل الالتزامات المترتبة في ذمتنا إلى البنك، وامتناعنا عن الوفاء، ورغم يسرنا يحق للبنك أن يطالبنا بما لحقه من ضرر ناشىء ، أو متعلق بواقعة امتناعنا عن الوفاء في مدة المماطلة. وفي حالة عدم اتفاقنا مع البنك على تقدير الضرر تحال مطالبة البنك إلى التحكيم المبحوث عنه في العقد الأساسي المذكور، مع العلم بأنه من المفهوم والمتفق عليه بيننا أنه يعتبر موسراً من يملك أموالاً منقولة، أو غير منقوله لايمنع الشرع الإسلامي والقوانين والأنظمة المعتمدة من التصرف بها، سواء كانت مرهونة

(١) انظر : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ص٢٧٦، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ٤٠٠/١.

لأمر البنك أو غير مرهونة مادامت تكفي لسداد الالتزامات المبحوث عنها أعلاه كلياً أو جزئياً. ويكون للبنك الحق في المطالبة بمقدار الضرر، دون الحاجة إلى توجيه إخطار عدلي أو إنذار أو تنبيه أو أي إجراء آخر "[1]. فهل يجوز اقتران مثل هذا الشرط بالعقد؟ وهي يجب على المدين الوفاء به ؟

اختلف العلماء المعاصرن في جواز هذا الشرط والوفاء به :

أ- فذهب الشيخ مصطفى الزرقا والدكتور الصديق الضرير والشيخ عبدالحميد السائح إلى جوازه ووجوب الوفاء به. فقال الشيخ الزرقا :" مبدأ تعويض الدائن عن ضرره نتيجة لتأخير المدين في موعده مبدأ مقبول، ولايوجد في نصوص الشريعة وأصولها ومقاصدها العامة مايتنافى معه، بل العكس يوجد مايؤيده، واستحقاق هذا التعويض على المدين مشروط: بأن لايكون له معذرة شرعية في هذا التأخير، بل يكون مليئاً مماطلاً يستحق الوصف بأنه ظالم غاصب "[2]. وقال الدكتور الصديق الضرير: " يجوز شرعاً إلزام المدين المماطل في الأداء ، وهو قادر على الوفاء بتعويض الدائن عن ضرره الناشيء عن تأخر المدين في الوفاء دون عذر مشروع لأن مثل هذا المدين ظالم. قال فيه الرسول صلى الله عليه وسلم : (مطل الغني ظلم) فيكون حالة كحالة الغصب التي قرر الفقهاء فيها تضمين الغاصب منافع الأعيان المغصوبة، علاوة على رد الأصل . هذا رأي الأغلبية "[3] . وقال الشيخ السائح :" فإن وضع الشرط بالصيغة المذكورة

(١) نموذج الشروط العامة للتعامل الصادر عن البنك الإسلامي بند (١٨).

(٢) مقال الزرقا السابق ص٩٧.

(٣) فتوى له على سؤال موجه له من بنك البركة، وهي منشورة في مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي عدد١، المجلد٣، ص١١٢.

أعلاه[1] بعد اتفاق الطرفين المتعاقدين عليها يكون جائزاً؛ لأن الأصل في الشروط الصحة واللزوم، وللحديث الشريف المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً " [2] .

وقد استدل هؤلاء العلماء بالأدلة التالية :

١- قوله صلى الله عليه وسلم : " مطل الغني ظلم " وفي رواية : " ليّ الواجد يحل عرضه وعقوبته"[3] . فالغني والواجد بمعنى القادر على الوفاء، فإذا امتنع استحق حل عرضه: وهو ذمه بأنه ظالم، واستحق العقوبة بفرض تعويض للدائن عليه.

٢- قوله صلى الله عليه وسلم : " لاضرر ولاضرار "[4] عن موعده يلحق بالدائن ضرراً، وهو حرمانه من منافع ماله في مدة التأخير. وهذا الضرر لابد من إزالته عملاً بالقاعدة الفقهية: " الضرر يزال "[5] وضرر حرمانه من منافع ماله لايزال إلا بالتعويض.

٣- قياس تأخير المدين للوفاء بالدين على غصب العين المالية، بجامع أنه حجب المال ومنافعه ظلماً وعدواناً في كل . ولما كانت منافع العين المغصوبة مضمونة على الغاصب عند الشافعية والحنابلة-وهو الراجح- فإن منافع الدين الذي أخره المدين المماطل ينبغي أن تكون مضمونة

(١) المراد بهذا الشرط مايشترطه البنك الإسلامي الأردني.

(٢) فتوى له على سؤال موجه من البنك الإسلامي الأردني، ومجلة البنوك في الأردن، مقال بعنوان الشرط الجزائي، ص١١.

(٣) مر تخريج الحديث في أسباب تعثر المديونيات- المماطلة.

(٤) سنن ابن ماجة ٧٨٤/٢. وقال : إسناد رجاله ثقات إلا أنه منقطع.

(٥) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا ١٢٥.

عليه. ومنافع الدين: هي ما كان يجنيه الدائن من ربح في أدنى الحدود المعتادة في التجارة، لو أنه قبض دينه في ميعاده، واستثمره بالطرق المشروعة كالمضاربة. فهذا الربح هو الذي ينبغي أن يضمنه المدين ويقدر بالتعويض المالي [1].

٤- إن من مقاصد الشريعة العامة وأسسها في تقرير الأحكام عدم المساواة بين الأمين والخائن، وبين المطيع والعاصي، وبين العادل والظالم، وبين من يؤدي الحقوق إلى أصحابها في مواقيتها ومن يجحدها. فعدم إلزام المدين المماطل القادر على الوفاء بالتعويض يتعارض مع هذا المقصد؛ لأنه يؤدي إلى المساواة بين الظالم العاصي والأمين العادل المطيع الذي لا يؤخر حقاً عليه. وإذا تساوى معطي الحق ومانعه، أو معجله ومؤخره كان هذا مشجعاً لكل مدين أن يؤخر الحقوق، ويماطل فيها بقدر مايستطيع[2].

٥- إن الأصل في الشروط الصحة واللزوم، لقوله صلى الله عليه وسلم : " المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً" [3] وقول عمر رضي الله عنه :" مقاطع الحقوق عند الشروط " [4]. واشتراط التعويض لمن لحق به الضرر على المدين المماطل شرط صحيح لازم؛ لأنه يتفق مع قواعد العدالة التي قررتها الشريعة الإسلامية. ولم يرد نهي عنه بخصوصه.

---

(١) مقال الشيخ الزرقا السابق ص٩٤.

(٢) من مقال الشيخ الزرقا السابق ص٩٣.

(٣) سنن الترمذي ٦٣٥/٣، وقال الترمذي : حسن صحيح.

(٤) صحيح البخاري ١٣٧/٦.

ب- وذهب بعض العلماء المعاصرين إلى عدم جواز هذا التعويض، ومن هؤلاء : الدكتور زكي الدين شعبان، والدكتور نزيه حماد . فقال الدكتور زكي الدين شعبان : " وتصوير الربا الذي حرمه الله على هذا الوجه يدخل فيه -بلا ريب- الفائدة التي يأخذها الدائن في مقابل التأخير في دفع ثمن المبيع الذي لم يدفعه المشتري عند حلوله وهي ماأجازها القانون الوضعي، وعرفت فيه بفائدة التعويض عن التأخير في الوفاء بالالتزام "[1] . وقال الدكتور نزيه حماد : " أما اتجاه بعض الباحثين المعاصرين إلى القول بمشرو عية الحكم على ا لمدين المماطل بالغرامة المالية جزاء مطله لجبر الضرر الذي لحق بالدائن على أساس سعر الفائدة في المدة التي تأخر فيها عن وفاء الحق أو بمعيار عائد الاستثمار في تلك الفترة لدى مصرف من المصارف الإسلامية أو غيرها، أو بمقدار مافات الدائن من ربح معتاد في طرق التجارة العامة بأدنى حدوده العادية لو أنه قبض دينه في موعده واستثمره بالطرق المشروعة المتاحة: كالمضاربة والمزارعة ونحوها فليس بسديد، وما التعويض المالي للدائن في هذا الرأي إلا فائدة ربوية، مهما اختلفت التسميات وتنوعت مقاييس تقديره، ولايحل استبدال التعويض الربوي المستقى من النظام الرأسمالي بالمؤيدات الشرعية التي نص عليها الفقهاء"[2] .

وقد قال بعدم جواز هذا التعويض بعض المتخصصين في الاقتصاد والقانون: منهم الدكتور رفيق المصري ، والدكتور عبدالناصر العطار. فقال الدكتور رفيق المصري في تعقيبه على مقال الشيخ الزرقا : " إن هذه الاقتراحات أخشى أن تتخذ ذريعة في التطبيق العملي إلى الربا، فتصبح الفائدة الممنوعة نظرياً تمارس عملياً باسم

(١) بحث الشرط الجزائي للدكتور زكي الدين شعبان، ضمن مجلة الحقوق والشريعة، ص ١٣٧.

(٢) بحث منهج الفقه الإسلامي في عقوبة المدين المماطل ، منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، عدد ١٤، ص٢٢-٢٣.

العقوبة (جزاء التأخير)، وينتهي الفرق إلى فرق في الصور والتخريجات فحسب.

وأرى أن هذا الاقتراح من جنس اقتراحات أخرى عصرية مماثلة تحوم حول الحمى وربما تؤول إلى الدخول من النوافذ بعد أن أقفل الباب، حتى إذا ماكثرت النوافذ المشرعة رجا بعضنا على الأقل العودة إلى الدخول من الباب الرسمي"[1] . وقال الدكتور عبدالناصر العطار : " إن القانون المصري والسوري والعراقي واللبناني أجازوا أن يستحق الدائن عن تأجيل الوفاء بحقه أو تأخير الوفاء به فوائد ربوية وسماها تعويضاً قانونياً. والفوائد الربوية نوعان : تعويضية وتأخيرية. فالفوائد التعويضية: هي فوائد تستحق عن مبلغ من النقود لم يحل ميعاد استحقاقه... أما الفوائد التأخيرية: فهي فوائد تستحق عن مبلغ من النقول حلّ ميعاد استحقاقه وتأخر المدين في الوفاء .. ومن الملاحظ أن الفوائد تعويضية أو تأخيرية هي ربا النسيئة المحرم في الإسلام والمسيحية واليهودية" [2] .

واستدل هؤلاء العلماء لما ذهبوا إليه بما يلي :

١- إن التعويض التأخيري ربا نسيئة محرم -كما بينا سابقاً-.

٢- إن العمل بالتعويض الربوي يؤدي إلى إقصاء المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على أداء الدين مما نص عليه الفقهاء من رفع الأمر إلى القضاء، ومعاقبة المدين المماطل بالحبس والتعزير وبيع أموال المماطل لتسديد دينه، وغير ذلك مما سيرد تفصيله في المبحث الثالث. وهذا الإقصاء مما لايجوز شرعاً.

---

(١) تعقيب على مقال الشيخ الزرقا السابق، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، مجلد٢، عدد٢، ص١٥٤.

(٢) نظرية الالتزام في الشريعة والتشريعات العربية للعطار ٢٣١-٢٣٢.

مناقشة الأدلة :

أ - مناقشة أدلة القائلين بجواز التعويض التأخيري :

١- إن الاستدلال بحديث " مطل الغني ظلم " و " ليّ الواجد يحل عرضه وعقوبته " على جواز التعويض المالي غير مسلم؛ لأن الفقهاء فسروا العقوبة فيه بالحبس والتعزير، ولم يفسروها بالتعويض المالي؛ لأنه ربا -كما بينا سابقاً- قال النووي : " قال العلماء : يحل عرضه: يقول ظلمني ومطلني، وعقوبته : الحبس والتعزير"[١] . وقال ابن تيمية : " يعاقب الغني المماطل بالحبس، فإن أصر بالضرب، حتى يؤدي الواجب. وقد نص على ذلك الفقهاء من أصحاب مالك والشافعي وأحمد وغيرهم، ولا أعلم فيه خلافاً " [٢] . وقال المناوي : " عقوبته بأن يعزره القاضي على الأداء، بنحو ضرب أو حبس حتى يؤدي " [٣] . وقال الصنعاني : "عقوبته حبسه" [٤] .

٢- إن الاستدلال بحديث " لاضرر ولا ضرار " على جواز التعويض المالي يجاب عنه : أن ليس كل ضرر يوجب الضمان، وإنما الذي يوجب الضمان هو الضرر المادي من الأذى في الجسم أو الإتلاف في المال. وأما الضرر المعنوي من إصابة الإنسان في شرفه وعرضه، وامتناع المدين عن الوفاء بالدين في الوقت المحدد: فلا يوجب تعويضاً مالياً- كما قال الشيخ علي الخفيف -: " أما النوعان الثاني والثالث - ويقصد بالثاني : الضرر الذي يصيب الإنسان في

(١) شرح النووي على صحيح مسلم ٢٢٧/١٠.
(٢) السياسة الشرعية ضمن مجموع الفتاوي ٢٧٩/٢٨.
(٣) فيض القدير للمناوي ٤٠٠/٥.
(٤) سبل السلام للصنعاني ٥٥/٣.

شرفه وعرضه، ويقصد بالثالث : امتناع المدين عن الوفاء بالالتزام- فليس فيها تعويض مالي على ماتقضي به قواعد الفقه الإسلامي؛ وذلك محل اتفاق بين المذاهب. وأساس ذلك أن التعويض بالمال يقوم على (الجبر بالتعويض) وذلك بإحلال مال محل مال فاقد مكافىء لرد الحال إلى ماكانت عليه؛ إزالة للضرر وجبراً للنقص وذلك لايتحقق إلا بإحلال مال محل مال مكافىء له؛ليقوم مقامه ويسد مسده، وكأنه لم يضع على صاحب المال الفاقد شيئاً. وليس ذلك بمتحقق فيهما -أي في النوعين السابقين- ومن أجل ذلك لم يجز أن يعطى المال فيهما تعويضاً؛ لأنه إذا أعطى كان أخذ مال لا في مقابله مال، وكان هذا من أكل أموال الناس بالباطل وذلك محظور "[1] .

ولما كان ظلم المدين المماطل غير قابل للاستدراك بطريق الجبر بالتعويض، فقد سعت الشريعة الإسلامية لدرئه بواسطة " العقوبات الزواجر ". وهذا ماعناه الحديث الشريف : " ليّ الواجد يحل عرضه وعقوبته " أي العقوبة الزاجرة التي تكفل رفع المفسدة واستئصالها من حياة الناس.

ولامحل للاعتراض على ذلك بأن العقوبة ههنا لاتجبر؛ لأن العقوبات الشرعية ليس من شأنها الجبر، ووظيفتها تنحصر في الزجر، فإذا عرف من يريد ارتكاب الجريمة أنه يسعاقب على ارتكابها، فإنه يكف عن المخالفة ويدفع فعل المحظور فيقع الازدجار العام الذي قصده الشارع من نظام العقوبات الشرعية[2] .

---

(١) الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف ص٥٦.

(٢) المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء د.نزيه حماد، ضمن كتاب دراسات في أصول المداينات ٢٩١.

٣- إن قياس التعويض التأخيري على ضمان منافع العين المغصوبة الذي قال به الشافعية والحنابلة قياس مع الفارق؛ لأنه يشترط في المنفعة التي تضمن أن تكون مالا يجوز أخذ العوض عنه، وذلك بأن يكون المغصوب من الأعيان التي يصح أن يرد عليها عقد الإجارة -كما قال النووي- : " فكل عين لها منفعة تستأجر لها يضمن -أي الغاصب- منفعتها، إذا بقيت في يده مدة لها أجرة"[١] . وقال ابن مفلح: " وإن كان للمغصوب أجرة : أي مما تصح إجارته، فعلى الغاصب أجرة مثله مدة بقائه في يده" [٢] . أما إذا كان المغصوب نقوداً، وهي أموال لاتصح إجارتها بالإجماع، فلا يضمن زيادة على مقدار المبلغ المغصوب مهما طالت مدة غصبه. قال القاري في مجلة الأحكام الشرعية : "لايضمن الغاصب مافوته على المالك من الربح بحبسه مال التجارة "[٣] بل إن الشافعية في الأظهر نصوا على : أنه لو غصب رجل دراهم، واتجر بها فربح، فالربح للغاصب ولايضمن للمالك أكثر من المبلغ الذي غصبه[٤] .

٤- إن القول بعدم إلزام المدين المماطل بالتعويض يؤدي إلى المساواة بين الظالم العاصي والأمين الطائع غير مسلم؛ لأن المماطل اعتبره النبي صلى الله عليه وسلم ظالماً، والظلم عاقبته وخيمة يحسب المسلم لها ألف حساب ويشعر بعظم الذنب الذي اقترفه، وهذا الشعور له أكبر الأثر على رفع الضرر والظلم عن الدائن فيبادر إلى وفاء الدين.

---

(١) روضة الطالبين للنووي ١٣/٥.

(٢) المبدع لابن مفلح ١٨٥/٥.

(٣) مجلة الأحكام الشرعية للقاري مادة (١٣٩٧) ص٤٣٤.

(٤) بتصرف من المؤيدات الشرعية للدكتور نزيه حماد ص٢٨٨-٢٨٩.

فإذا كان الوازع الديني قليلاً عند المدين، وتمادى في مماطلته كان مستحقاً للعقوبة من حبس أو ضرب أو تعزير. وبهذا لاتكون مساواة بين المماطل والمؤدي لحق غيره[1] .

٥- إن القول : إن الأصل في الشروط الصحة واللزوم ليس على إطلاقه، وإنما هو مقيد بما لايتعارض مع الشريعة الإسلامية. واشتراط التعويض المالي على المدين عند التأخير يتعارض تعارضاً واضحاً مع الشريعة الإسلامية؛ لأنه ربا صريح.

ب- مناقشة أدلة القائلين بعدم جواز التعويض التأخيري :

١- إن القول : بأن التعويض المالي ربا أو فوائد ربوية لم يسلم به المجيزون للتعويض، وفرقوا بينه وبين الربا أو الفوائد الربوية من وجهين :

الوجه الأول : الفوائد الربوية في حقيتها استغلال من الدائن المرابي لجهود المدين ونشاطاته الاكتسابية بصورة تجعل الاحتمالات السيئة جميعاً على حساب المدين، وتضمن للدائن أصل دينه وربحاً ثابتاً دون نظر إلى مصير الطرف الآخر الذي يتحمل وحده جميع الاحتمالات السيئة إذا وقعت.. وهذا الاستغلال مما يؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي بين موقف الطرفين. أما تعويض ضرر التأخير فبعيد عن كل هذه المعاني، فهو إقامة عدل يزيل ضرراً ألحقه إنسان متهاون بواجبه طامع بحقوق غيره التي تحت يده، فحجبها عنه بلا عذر ليستبيحها بأكبر

(١) انظر : المؤيدات الشرعية لنزيه حماد ص٢٩٣.

قــدر ممكــن أو يأكلها إذا ملّ صاحبها من ملاحقته فيها، فوجب إنقاذ المظلوم من الظالم، وتعويض الأول مافوّته عليه الثاني من منافع حقه لو وَفَّاه إليه في حينه، ولذا وصفه الرسول صلى الله عليه وسلم بالظلم، وأباح ذمه وعقوبته- كما سبق بيانه - فأين هذا العدل من ذلك الجور؟

الوجه الثاني : إن الفوائد الربوية في المداينات تُعْقد المداينة على أساسها من البداية، فتكون طريقة استثمارية أصلية يلجأ إليها المرابون وهم قاعدون، يختل بها التوازن الاقتصادي كما أشرنا إليه آنفاً. أما تعويض ضرر التأخير فليس طريقاً استثمارياً، وإنما هو إعادة عادلة لتوازن أخل به طرف طامع ظالم متهاون، ولاتكون المداينة قائمة عليها من البداية، وقد يتحقق سببها وهو التأخير أو لايتحقق[1] .

<u>يجاب عن الوجه الأول</u>: بأن العلة في تحريم الربا هي الزيادة بلا عوض ولا ضرر مادي بدليل قوله صلى الله عليه وسلم : " فمن زاد أو استزاد فقد أربى، الآخذ والمعطى فيه سواء "[2] . أما الاستغلال وامتصاص جهود الآخرين فهو حكمة التحريم وليست علته والأحكام تُبنى على العلل لا على الحكم؛ لأن الحكمة غير منضبطة، قد تتحقق وقد لاتتحق. ولذا فلا يرتبط تحريم الربا بالاستغلال، فلا يصح أن يقال إذا وجد الاستغلال فهو ربا محرم، وإذا لم يوجد الاستغلال فلا

(١) مقال : هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض للزرقا ص ٩٦.

(٢) صحيح مسلم ٣/١٢١٠.

ربا محرم.

<u>ويجاب عن الوجه الثاني:</u> بأن الزيادة في التعويض التأخيري مشروطة منذ البداية، سواء أكانت استثمارية أم غير استثمارية، والزيادة المشروطة في الديون ربا محرم.

٢- إن القول برفع الأمر إلى القضاء أجاب عنه المجيزون للتعويض بأنه إذا كان وصول الدائن إلى حقه عن طريق القضاء ميسوراً وسريعاً فيما مضى؛ إن هذا الطريق اليوم وفي ظل نظام المرافعات وأصول المحاكمات ومجالات التأجيل وفن المجادلة والمماطلة والمراوغة الذي برع فيه كثير من المحامين أصبح هذا الطريق طويلاً وشاقاً ويفضل كثير من الناس عدم اللجوء إليه[1] .

ويجاب عن ذلك : بأن هذا غير مسلم؛ لأن الفقه الإسلامي ليس مسؤولاً عن إيجاد حلول لمشكلات أفرزتها تقنينات ونظم وضعية غريبة عن الإسلام ومظالم نشأت وترعرعت في ظل قوانين علمانية وقيم مادية يرفضها التشريع الرباني ويتبرأ منها، كما أن وظيفته ليست ترقيع الخروق التي أحدثها البعد عن شريعة الله وأنتجها إحلال الأهواء والمصالح الموهومة محل الحق والعدل فيها ومحل المصالح الحقيقية التي تجلبها ومحل المفاسد الحقيقية التي تدفعها[2] .

---

(١) انظر مقال الشيخ الزرقا في التعويض ص ٩٠.

(٢) المؤيدات الشرعية للدكتور نزيه حماد ص٢٩٦.

الـــرأي الراجـــح :

بعد عرض آراء العلماء المعاصرين في اشتراط التعويض عن ضرر التأخير في الديون وأدلتهم ومناقشتها يتبين لي أن الراجح :هو عدم جواز التعويض عن ضرر التأخير في الديون؛ وذلك لقوة أدلة القائلين بعدم الجواز، وعدم صمود أدلة المجيزين أمام المناقشة. ويؤيد ذلك ما يلي :

١- إن التعويض عن ضرر التأخير زيادة مشروطة في قرض فهو ربا محرم؛ لما روي عن ابن عباس وابن مسعود وأبي بن كعب : " أنهم كرهوه، ونهوا عن قرض جرّ منفعة"[1] .

٢- إجماع العلماء على معنى الأثر السابق وهو أن كل زيادة مشروطة في القرض ربا، قال ابن مفلح : " كل قرض شرط فيه زيادة فهو حرام إجماعاً، لأنه عقد إرفاق وقربة، فإذا شرط فيه الزيادة أخرج عن موضوعه، ولافرق في الزيادة في القدر أو في الصفة مثل : أن يقرضه مكسرة، فيعطيه صحاحاً"[2] . وقال ابن تيمية: " وقد اتفق العلماء على أن المقرض متى اشترط زيادة على قرضه كان ذلك حراماً " [3] وقال ابن جزي : " فإن قضى أكثر. . فإن كان السلف، فإن كان بشرط أو وعد أو عادة منع مطلقاً " [4] .

(١) السنن الكبرى للبيهقي٥/٣٥٠، وهو موقوف على ابن عباس وابن مسعود وأبيّ بن كعب، تلخيص الحبير ٣٩/٣ أما حديث " كل قرض جر نفعاً فهو ربا " فهو غير صحيح.

(٢) المبدع لابن مفلح ٢٠٩/٤، وانظر : حاشية ابن عابدين ١٦٦/٥، القوانين ٣١٥، الشرح الصغير للدردير ٢٩٥/٣، المهذب للشيرازي ٣١١/١، الإجماع لابن المنذر٩٥.

(٣) مجموع الفتاوى ٣٣٤/٢٩.

(٤) القوانين ٣١٦.

٣- إن فتح باب التعويض التأخيري يؤدي إلى إباحة الربا المحرم كما حدث مع الكنيسة، فقد كانت الديانة النصرانية تحرم الربا بين النصارى وغيرهم وتتشدد فيه، غير أن تمسكهم بتحريم الربا أصبح يضعف ويضمحل في القرنين السادس عشر والثامن عشر على إثر الانتقادات التي وجهت إليهم والعوامل الاقتصادية الجديدة.. فأجازوا للمقرض أن يتقاضى تعويضاً من المقترض عمافاته من الربح بسبب القرض، ويجب أن يحصل اتفاق على هذا مقدماً.. ثم أجازوا للمقرض أن يأخذ من المقترض ربحاً قليلاً لتأمين خطر الضياع الذي يتعرض له مال المقرض... ثم أجازوا الشرط الجزائي ... إلى أن أجازوا الفوائد الربوية المعتدلة غير المبالغ فيها [1].

بهذا يتبين أن التعويض عن ضرر التأخير في الديون لايجوز شرعاً؛ إذا حصل عليه الدائن باشتراط أو وعد أو عرف، لأنه زيادة مشروطة في قرض أو سلف، وكل قرض جرّ منفعة فهو ربا.

الوسيلة الثانية : **اشتراط حلول باقي الأقساط إذا تأخر المدين عن دفع قسط منها:**

قد يتفق الدائن مع المدين على حلول باقي الأقساط إذا تأخر المدين عن دفع قسط منها فهل يصح هذا الشرط؟

لم يتعرض الفقهاء السابقون لحكم هذا الشرط -فيما أعلم- ويمكن أن يقال : إن هذا الشرط يتنازعه أمران :

(١) عقد القرض في الشريعة الإسلامي لعلاء الدين خروفة ١٩٨-٢٠١.

الأمر الأول: إن هذا الشرط يحقق منفعة زائدة للدائن في القرض، وهي حلول المؤجل من الأقساط، فالحال أفضل من المؤجل: فعشرة دنانير حالة أفضل من عشرة مؤجلة، والمشتري لايحصل على تأجيل ثمن السلعة إلا بعد زيادة في الثمن، ولهذا اشترط الفقهاء في بيع المرابحة أن يبيِّن البائع الذي اشترى السلعة بثمن مؤجل أن الثمن الأول يتصف بهذه الصفة كما قال الشيرازي: " وإن ابتاع بثمن مؤجل لم يخبر بثمن مطلق؛ لأن الأجل يأخذ جزءاً من الثمن "[1] . فالثمن المؤجل غالباً مايكون أعلى من الثمن الحال، فإذا اتفق على حلول الأقساط عند العجز عن أداء قسط منها كان البائع آخذاً لزيادة بلا مقابل، والزيادة بلا مقابل ربا.

والأمر الثاني : إن التأجيل حق للمدين، وله أن يتنازل عنه متى شاء؛ لأنه مضروب لمصلحته كما قال ابن عابدين " فلو قال أبطلت الأجل أو تركته صار الدين حالاً " [2] . وله أن يعلق تنازله عن التأجيل بعجزه عن الوفاء أو تأخيره لقسط من الأقساط، لكي يكون حافزاً له على الوفاء بالدين في محله. وفي هذا مصلحة له أي للمدين. وهذا الشرط يحقق أيضاً مصلحة الدائن فهو يوفر له الاطمئنان على ماله، ولذلك يجوز اشتراطه.

والذي أراه في هذا الشرط أنه جائز شرعاً، فيجوز للدائن أن يشترط حلول باقي الأقساط، إذا تأخر المدين عن سداد قسط منها، لعدم وجود نص يمنع منه، ولأنه يحقق مصلحة كل من الدائن والمدين. وأما القول بأن الحلول يحقق منفعة

(١) المهذب للشيرازي ٢٩٦/١. وانظر أيضاً بدائع الصنائع للكاساني ٢٢٤/٥، حاشية الدسوقي ١٦٣/٣، المغني لابن قدامة ٢٠٤/٤.

(٢) حاشية ابن عابدين ١٥٧/٥.

زائدة في القرض للدائن؛ فيجاب عنه : بأن هذه المنفعة مما لاتجوز المعاوضة عنها؛ لأن الثمن في البيع الآجل قد استقر في ذمة المدين منذ انعقاد العقد، فإذا أراد أن يؤديه قبل حلول الأجل جاز، ولكن لايجوز للمدين أن ينقص منه شيئاً مقابل هذا التعجيل عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، لأنه بيع الحلول وهو لايصح، كما لو زاده الذي له الدين مقابل التأجيل[1] .

وإذا قلنا بجواز اشتراط هذا الشرط فلا يعمل به بمجرد تأخير المدين عن سداد القسط، وإنما ينبغي أن تكون المدة التي يتأخر فيها قد جاوزت ما اعتاد عليه كل من الدائن والمدين التساهل فيها كما قال العطار :" على أن تساهل الدائن مع المدين تساهلاً يؤدي إلى اعتياد المدين تأخير الوفاء بالقسط مدة قليلة يقتضي ضرورة تفسير الاتفاق سالف الذكر بحسب ماجرى العمل به أخيراً بين الدائن والمدين" [2] . وقد نبه إلى ذلك الباجي حيث قال : " وتأخير مابيع على النقد عن الوقت المعتاد في ذلك على وجه ما جرت عليه عادة الناس " [3] .

الوسيلة الثالثة : **اشتراط إخراج مبلغ من المال كصدقة للفقراء إذا تأخر المدين عن أداء الدين في الوقت المحدد.**

إذا اتفق الدائن مع المدين على دفع مبلغ من المال كصدقة للفقراء إذا تأخر عن أداء الدين في الوقت المحدد. فهل يصح هذا الاتفاق، ويلزم المدين به عند التأخر عن السداد في الوقت المحدد؟

---

(١) مجمع الأنهر ٣١٥/٢، تبيين الحقائق ٤٢/٥، قوانين الأحكام الفقهية ٢٧٨، المنتقى للباجي ٦٥/٥، مغني المحتاج للشربيني ١٧٩/٢، المغني لابن قدامة ٦٥/٤.

(٢) نظرية الأجل في الالتزام للعطار ٣٦٢.

(٣) المنتقى للباجي ٦٦/٥.

ذهب المالكية في المشهور عندهم إلى عدم جواز هذا الشرط كما قال ابن رشد: "ما في المدونة، وهو المشهور في المذهب من أن الصدقة بيمين لايحكم بها " [1] ، وهو مقتضى قول الحنفية والشافعية في قول؛ لأنه شرط لايقتضيه العقد ولا يلائم موجبه، لأن فيه منفعة لأجنبي، كما أن فيه ضرراً على أحد العاقدين، ولأن الجبر على التطوع غير مشروع [2] .

وذهب أبو عبدالله ابن نافع (١٨٦هـ) وأبو عبدالله محمد بن إبراهيم بن دينار (١٨٢هـ) من المالكية : إلى جواز هذا الشرط، وأن الصدقة تلزم المدين .. جاء في كتاب تحرير الكلام في مسائل الالتزام : " إذا التزم أنه إذا لم يوفه حقه في وقت كذا، فعليه كذا وكذا لفلان أو صدقة للمساكين. فهذا محل الخلاف المعقود له هذا الباب فالمشهور أنه لا يقضى به -كما تقدم- وقال ابن دينار : يقضى به"[3] . وجاء فيه : " ولابن نافع أيضاً من باع سلعة من رجل وقال : إن خاصمتك فيها، فهي صدقة عليك فخاصمه فيها أن الصدقة تلزمه"[4] . وقال الحطاب : " ومثل مسألة ابن نافع مايكتب الآن في مستندات البيع أن البائع التزم للمشتري متى قام وادعى في الشيء المبيع أو خاصمه فيه كان عليه للمشتري أو عليه للفقراء كذا وكذا، فلا يحكم عليه على المشهور، ويحكم بذلك على قول ابن نافع"[5] . وماذهب إليه ابن نافع وابن دينار هو مقتضى قول الحنابلة والشافعية في قول، فأصول الإمام أحمد ابن حنبل لاتمنع من اشتراط هذا الشرط؛ لأنه شرط تضمن مقصوداً صحيحاً وهو

(١) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ١٧٠.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٥/ ١٧٠-١٧١، المجموع للنووي ٩/ ٣٥٨.

(٣) الالتزام للحطاب ١٧٦.

(٤) المرجع السابق ١٧١.

(٥) المرجع السابق ١٧٢.

التصدق. قال ابن القاسم : قيل لأحمد الرجل يبيع الجارية على أن يعتقها ؟ فأجازه. فقيل له : فإن هؤلاء - يعني أصحاب أبي حنيفة- يقولون : لايجوز البيع على هذا الشرط قال : لم لايجوز ؟ قد اشترى النبي صلى الله عليه وسلم بعير جابر واشترط ظهره إلى المدنية، واشترت عائشة بريرة على أن تعتقها، فلم لايجوز هذا. وقال أحمد بن الحسين ابن حسان : سألت أبا عبدالله عمن اشترى مملوكاً واشترط هو حر بعد موتي ؟ قال هذا مدبر. فجوز اشتراط التدبير كالعتق، ولأصحاب الشافعي في شرط التدبير خلاف[1] .

وإن قيل : إن قياس الصدقة على العتق قياس مع الفارق[2] فالعتق أفضل من الصدقة؛ لأن الشارع يتشوف إلى تحرير العبيد وعتقهم وتفتح له الأبواب بخلاف الصدقة.

فيجاب عن هذا : بأن الفرق ضعيف؛ لأن بعض التبرعات أفضل من العتق، فإن صلة الرحم المحتاج أفضل منه كما نص عليه أحمد ، فإن ميمونة زوج النبي صلى الله عليه وسلم اعتقت جارية لها. فقال : لو تركتها لأخوالك لكان خيراً لك. ولهذا لو كان للميت أقارب لايرثون كانت الوصية لهم أولى من الوصية بالعتق[3] .

والذي أراه ماذهب إليه ابن نافع وابن دينار والحنابلة والشافعية في قول من أن اشتراط دفع صدقة للفقراء إذا تأخر المدين عن الوفاء بدينه جائز، ويجب على المدين الوفاء به؛ لأنه شرط تضمن مقصوداً صحيحاً من الشرع وهو تحقيق النفع

---

(١) القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية ٢١٢-٢١٣، المجموع للنووي ٣٥٧/٩.

(٢) انظر : الالتزام للحطاب ١٧٣.

(٣) القواعد النورانية لابن تيمية ٢١٧، ٢١٨.

للفقراء، وحفز المدين على الوفاء بالدين في الوقت المحدد، وتوفير الاطمئنان للدائن على ماله.

المبحث الثاني
وسائل معالجة الإسلام للمديونيات المتعثرة

وضع الإسلام لمعالجة المديونات المتعثرة عدة وسائل متنوعة، بحيث تستوعب جميع أسباب التعثر التي أشرنا إليها، ولكنني في هذا المبحث سوف اقتصر على الوسائل المتعلقة بكل من الإعسار والمماطلة؛ وذلك لأن جحود الدين أصبح نادراً اليوم، وبخاصة بعد انتشار وسائل التوثيق الحديثة. وأما الموت فلاتخرج وسائله عن وسائل الإعسار والمماطلة في الغالب. وأما كساد النقود فنادر الوجود ويحتاج إلى بحث مستقل. ولذا سيشتمل هذا المبحث على مطلبين : الأول : يتعلق بالوسائل المشروعة لمعالجة المديونيات المتعثرة بسبب الإعسار والثاني : يتعلق بالوسائل المشروعة لمعالجة المديونيات المتعثرة بسبب المماطلة.

المطلب الأول
الوسائل ا لمشروعة لمعالجة المديونيات المتعثرة بسبب الإعسار

الأصل أن المدين المعسر يمهل حتى يوسر لقوله تعالى : ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [1] ، وإمهاله واجب-كما قال ابن حجر [2] -. ولايلزم من كونه

---

(١) آية ٢٨٠ من سورة البقرة.

(٢) فتح الباري لابن حجر ٣٠٨/٤.

واجباً أن لايؤجر الدائن عليه. فقد روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " كان تاجراً يداين الناس، فإذا رأى معسراً قال لفتيانه : تجاوزوا عنه لعل الله يتجاوز عنا، فتجاوز الله عنه"[1] . فهو يدل على أن إنظار المعسر يكفِّر كثيراً من السيئات . ولايعني هذا أن المدين المعسر يترك على حاله، وإنما لابد من معالجة مشكلته، وإعانته على أن يشق طريقه في الحياة ليصبح عضواً نافعاً في المجتمع. وفيما يلي بعض الوسائل المشروعة لذلك.

١- إعانة المدين المعسر من الزكاة :

المدين المعسر يعطى من سهم الغارمين في الزكاة لقوله تعالى : ﴿ إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين. . ﴾[2] . والغارمون : هم المدينون لمصالح أنفسهم أو لمصلحة عامة. فيدخل في ذلك كل من يستدين لأجل الإنفاق على نفسه أو على من يعول، أو من أجل الزواج وغير ذلك[3] ولكن يشترط لإعطاء المدين المعسر من الزكاة: أن يكون مسلماً ثبت إعساره وفقره، وأن يكون دينه بسبب عمل مباح : من نفقة أو تجارة أو غير ذلك، فلا يعطى من الزكاة إذا كان بسبب عمل محرم: من شرب خمر أو لعب قمار أو غير ذلك.

وإذا أعطى المدين المعسر قدراً من الزكاة لأداء دينه، فيجوز له استثماره، ثم يؤدي دينه بعد ذلك. كما قال ابن الصلاح : " لاحجر عليهم في ذلك؛ لأنهم ملكو

(١) صحيح البخاري مع فتح الباري ٣٠٩/٤.

(٢) آية ٦٠ من سورة التوبة .

(٣) تبيين الحقائق ٢٩٨/١، حاشية الخرشي ٢١٨/٢، المجموع للنووي ١٥٣/٦، كشاف القناع ٢٨١/٢.

ذلك، ومن ملك شيئاً تمكن من تصرفه فيما شاء"[1] . واشترط النووي لجواز الاستثمار أن يكون الدين أكثر من مال الزكاة الذي أعطى له، ليبلغ قدر الدين بالتنمية[2] . وهذا يدل على أن الإسلام يعين الإنسان العاجز ليشق طريقه بنفسه.

٢- فسخ البيع واسترداد المبيع :

إذا أعسر المدين عن ثمن في بيع كان قد عقده قبل إعساره وتفليسه فسخ هذا البيع واسترد البائع سلعته في رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية واستدلوا لذلك بقوله صلى الله عليه وسلم : " من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره " [3] . فما ينطبق على المفلس ينطبق على المعسر لأن كل مفلس معسر وليس العكس. ولأن هذا العقد يلحقه الفسخ بالاقالة فجاز فيه الفسخ لتعذر العوض: كالمسلم فيه إذا تعذر [4] .

وذهب الحنفية إلى عدم فسخ البيع واسترداد المبيع؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: " أيما رجل أفلس فوجد عنده متاعه فهو أسوة الغرماء"[5] وتأولوا الحديث السابق لكونه خبر واحد خالف الأصول العامة من إنظار المعسر، وأن السلعة تصير بالبيع ملكاً للمشتري ومن ضمانه ولهذا حملوا الحديث على صورة خاصة : وهي

---

(١) فتاوى ابن الصلاح ١٠٩.

(٢) المجموع للنووي ٢١٠/٦.

(٣) صحيح البخاري مع فتح الباري ٦٢/٥.

(٤) حاشية الدسوقي ٢٨٢/٣، مواهب الجليل للحطاب ٥٠/٥، حاشية الخرشي ٢٨١/٥، روضة الطالبين ١٤٧/٤، المهذب ٣٣٠/١، مغني المحتاج ١٥٧/٢، الإنصاف للمرداوي ٢٨٦/٥، كشاف القناع ٤٢٦/٣، المغني ٤٥٣/٤، المحلى لابن حزم ٦٣٦/٨.

(٥) رواه الخصاف بإسناده كما قال البابرتي(العناية ٢٧٩/٩) وقد بحثت عنه في كتب السنن فلم أجده.

ماإذا كان المتاع وديعة أو عارية أو لقطة [1] .

والراجح ماذهب إليه جمهور الفقهاء من أن البيع يفسخ ويسترد البائع المبيع عملاً بالحديث الصحيح الذي رواه البخاري وغيره. وأما الحديث الذي استدل به الحنفية فهو ضعيف. ذكر ابن حزم روايتين له وضعفهما. ففي الأولى : أبو عصمة. وفي الثانية : عمرو بن قيس وهما ضعيفان جداً [2] . وأما حمل حديث الجمهور على الوديعة أو العارية أو اللقطة فغير مسلم؛ لأنه لو كان كذلك لم يقيد بالفلس.

شروط فسخ البيع واسترداد المبيع :

اشترط الفقهاء لفسخ البيع واسترداد المبيع في حالة الإفلاس عدة شروط وهي:

أ - أن لايكون البائع قد قبض شيئاً من الثمن، فإن كان قد قبض منه شيئاً، ولو كان قليلاً فلا يفسخ البيع ولايسترد البائع المبيع، ويكون الدائن أسوة الغرماء عند المالكية والحنابلة، لما روى الإمام مالك بسنده عن الحارث بن هشام أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه منه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً فوجده بعينه فهو أحق به" [3] . ولأن الرجوع في قسط مابقي تبعيض للصفقة على المشتري وإضرار به [4] .

(١) تبيين الحقائق ٢٠١/٥، درر الحكام ٢٧٥/٢، فتح القدير ٢٧٨/٩.

(٢) المحلى لابن حزم ٦٤٠/٨.

(٣) الموطأ مع تنوير الحوالك ٨٣/٢.

(٤) حاشية الخرشي ٥١/٥، حاشية الدسوقي ٢٨٢/٣، كشاف القناع ٤٢٦/٣.

وذهب الشافعية والظاهرية إلى عدم اشتراط هذا الشرط، فلا يمنع قبض شيء من الثمن فسخ البيع واسترداد جزء من المبيع بما يعادل الجزء المتبقي من الثمن ويكون البائع حينئذٍ شريكاً للمشتري بحصته[1] .

والراجح ماذهب إليه المالكية والحنابلة من اشتراط هذا الشرط، فإذا قبض البائع شيئاً من الثمن لايجوز له فسخ البيع، وكان أسوة الغرماء بدليل النص الوارد في ذلك، فهو وإن كان مرسلاً على الراجح فقد روي من طريق آخر موصولاً عن أبي هريرة، وله متابعات تقوية[2] . فيحتج به.

ب- أن تكون السلعة باقية على حالها لم تتغير ولم تتبدل ولم يتصرف فيها المشتري ببيع أو هبة أو غير ذلك، لقوله صلى الله عليه وسلم : " أيما رجل أفلس فأدرك ماله بعينه " [3] .

وذهب الشافعية إلى أن البائع أولى بالسلعة بعد التغيير والنقص[4] وذهب الحنابلة إلى أن البائع أولى بالسلعة، مالم تزد زيادة متصلة: كالسِّمنِ وتعلم العبد لصنعة الكتابة. أما الزيادة المنفصلة في السلعة : كولد الشاة واللبن وثمار الشجر فلا تمنع البائع من الرجوع في الأصل[5] .

ج- أن لايتعلق بالسلعة حق للغير : كأن تكون مرهونة في دين؛ لأن حق المرتهن سابق لحق البائع، فلم يملك إسقاطه، ولأن في استرداد السلعة

---

(١) المهذب للشيرازي ٣٠٠/١، المحلى لابن حزم ٦٤٣/٨.
(٢) نيل الأوطار ٢٧٣/٥.
(٣) سبق تخريجه.
(٤) مغني المحتاج ١٥٩/٢.
(٥) الإنصاف ٢٩٢/٥، كشاف القناع ٤٢٧/٣.

المرهونة إضراراً بالمرتهن، ولايُزال ضرر البائع بإلحاق الضرر بالمرتهن [١] .

د- أن لايبذل باقي الدائنين ثمن تلك السلعة للبائع، فإن بذلوه ولو من مالهم الخاص بهم فليس لهم أخذ عين السلعة. وكذلك لو ضمنوا له الثمن وهم ثقات، أو أعطوا به حميلاً ثقة٠ هذا عند المالكية[٢] . وذهب الحنابلة إلى عدم اشتراط هذا الشرط، فللبائع حق استرداد عين السلعة، ولو بذل له باقي الدائنين الثمن من أموالهم الخاصة بهم، أو من مال المفلس ليترك السلعة، لم يلزمه قبوله، وله أخذهما[٣] . وهو الراجح لعموم الحديث الوارد في ذلك، ولأن الرجوع بعين السلعة حق له، فلا يملك باقي الدائنين إسقاطه٠

٣- إجبار القاضي للمدين المفلس على التكسب :

إذا أفلس المدين فهل يجبر على التكسب ومؤاجرة نفسه؟

اختلف الفقهاء في ذلك فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية وأحمد في رواية: إلى أن المدين المفلس لايجبر على التكسب ومؤاجرة نفسه مطلقاً[٤] لقوله تعالى : ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾[٥] ٠ وقوله صلى الله عليه وسلم لغرماء معاذ : " خذوا ما وجدتم ، ثم ليس لكم إلا ذلك " [٦] .

---

(١) المهذب ٣٣٠/١، الإنصاف للمرداوي ٢٩٠/٥، المغني ٤٧٦/٤٠

(٢) حاشية الخرشي ٢٨١/٥٠

(٣) كشاف القناع ٤٢٥/٣٠

(٤) تبيين الحقائق ١٩٩/٥، حاشية الخرشي ٢٧٠/٥، حاشية الدسوقي ٢٧٠/٣، المهذب ٣٣٧/١، مغني المحتاج ١٥٤/٢، نهاية المحتاج ٣٣٠/٤، كشاف القناع ٤٣٩/٣، المغني ٤٩٥/٤٠

(٥) آية ٢٨٠ من سورة البقرة ٠

(٦) صحيح مسلم ١١٩١/٣٠

وأضاف الحنفية أنه إذا كان المدين قد استدان في الفساد والمعصية فرأى القاضي أن يؤاجره، فيكون عقوبة له وتغليظاً عليه. فلم يكن به بأس[1] .

وذهب الحنابلة في رواية إلى أن المدين المفلس يجبر على التكسب إذا كان يحسن صنعة أو محترفاً، فيجبر على إيجار نفسه فيما يليق بمثله من الصنائع لقضاء ديونه؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم باع سرقاً في دينه بخمسة أبعرة، وسرق رجل دخل المدينة وذكر أن وراءه مالاً فداينه الناس وركبته الديون [2] . فالمراد ببيع سرق بيع منافعه وتأجيره لابيع عينه؛ لأن الحر لايباع، وقد عبر ببيعه، لأن المنافع تجري مجرى الأعيان في صحة العقد عليها. ولأن الإجارة عقد معاوضة فجاز إجباره عليها كبيع ماله في وفاء الدين منها[3] .

وذهب الظاهرية إلى أن المدين المعسر يجبر على التكسب مطلقاً لينصف غرماءه، ويقوم بعياله ونفسه، ولاندعه يضيع نفسه وعياله والحق اللازم له [4] .

والذي أراه ماذهب إليه الحنابلة من أنه يجبر علي التكسب فيما يحسنه من الصنائع إنصافاً للغرماء. وأما استدلال الجمهور بالآية فغير مسلم ؛ لأن القادر على العمل موسر؛ لأن الميسرة -كما قال ابن حزم- لاتكون إلا بأحد وجهين إما بسعي وإما بلا سعي وقد قال الله تعالى : ﴿وابتغوا من فضل الله﴾ [5] .فنحن نجبره

---

(١) التتف في الفتاوي للسعدي ٢/٧٥٣.

(٢) المغني لابن قدامة ٤/٤٩٥.

(٣) المغني لابن قدامة ٤/٤٩٥.

(٤) المحلى لابن حزم ٨/٦٣٣.

(٥) آية ١٠ من سورة الجمعة.

على ابتغاء فضل الله تعالى الذي أمره تعالى بابتغائه [1] . ولأن في تشغيله إحياء له، وإعانة على أن يتخلص من هم الدين. ولأن المكتسب خير من الذي ينتظر حتى تأتيه الزكاة[2] ، لقوله صلى الله عليه وسلم : " لأن يحتطب أحدكم حزمة على ظهره خير من أن يسأل أحداً، فيعطيه أو يمنعه "[3] .

المطلب الثاني

الوسائل المشروعة لمعالجة المديونيات المتعثرة بسبب المماطلة

إذا كان الشرط الجزائي المتضمن الاتفاق على تعويض الدائن عند مماطلة المدين الموسر في الوفاء بالدين لايجوز شرعاً. فما هي الوسائل المشروعة لمعالجة مشكلة المماطلة؟.

إن الإسلام وضع عدة إجراءات وحلول لمعالجة هذه المشكلة أغلبها يرجع إلى الإجراءات القضائية والعقوبات التي يقررها القاضي. وفيما يلي بيان لتلك الإجراءات والعقوبات :

١ - قضاء الحاكم دين المدين المماطل من ماله جبراً :

اتفق الفقهاء على أنه إذا كان للمدين المماطل مال من جنس ما عليه من ديون: كأن يوجد عنده دراهم فضية وعليه دراهم فضية؛ أدى الحاكم من تلك الدراهم ما على المدين من ديون، لأن للدائن الأخذ بدون إذن المديون عند المجالسة. جاء في

---

(١) المحلى لابن حزم ٦٣٣/٨.

(٢) فتح الباري لابن حجر ٣٠٤/٤.

(٣) صحيح البخاري مع فتح الباري ٣٠٤/٤.

مجمع الأنهر : " فإن كان ماله من جنس دينه أداه الحاكم منه : أي من جنس الدراهم بالإجماع؛ لأن للدائن الأخذ بلا رضى المديون عند المجالسة "[1] . وبناء على ذلك إذا كان للمدين رصيد من النقود في بنك جاز للحاكم قضاء ديونه من هذا الرصيد جبراً. كما يجوز للبنك الدائن أخذه من باب الظفر بالحق.

٢- بيع الحاكم على المدين المماطل ماله لقضاء دينه :

إذا كانت أموال المدين المماطل من غير جنس الدين : كأن يكون عليه نقود ذهبية وعنده إبل وغنم باع الحاكم تلك الأموال لقضاء دينه عند جمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة والصالحين من الحنفية وابن حزم الظاهري لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم " أنه حجر على معاذ ماله وباعه في دين كان عليه " [2] أي باعه لقضاء دينه، ولأن في بيع ماله من أجل قضاء دينه إعانة له على ذلك، وإنصافاً للدائنين[3] .

واستحب الشافعية بيع مال المدين دون أن يوجبوا ذلك؛ لأن الأولى أن يتولى المالك أو وكيله بإذن الحاكم البيع [4] .

وأما أبو حنيفة فهو على مذهبه في عدم الحجر على البالغ، ومن ثم عدم جواز بيع مال المدين المماطل لقضاء دينه؛ لأن هذا التصرف يعتبر حجراً على المدين. ولأن البيع لايجوز إلا بالتراضي، فإذا باع الحاكم مال المدين بدون رضاه كان البيع

(١) مجمع الأنهر ٤٤٢/٢، وانظر أيضاً : تبيين الحقائق١٩٩/٥، الشرح الصغير للدردير ٣٤٩/٣، المهذب للشيرازي ٣٢٧/١، المغني ٤٩٤/٤.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ٢٧٥/٥.

(٣) أسهل المدارك ١٣/٣، كشاف القناع ٤٣٢/٣، الإنصاف للمرداوي ٣٠٢/٥، المغني لابن قدامة ٤٩٠/٤، المحلى لابن حزم ٦٢٤/٨.

(٤) حاشية قليوبي ٢٨٨/٢، مغني المحتاج ١٥٠/٢.

باطلاً[1] .

والذي أميل إليه ماذهب إليه الجمهور من أنه يجب بيع مال المدين المماطل لقضاء دينه للحديث الوارد في ذلك وإذا باع الحاكم أمواله قدم النقود ثم العروض ثم العقار. وقال بعض الفقهاء يقدم مايخاف عليه الهلاك من العروض ثم المنقول ثم العقار[2] .

شراء الدائن لمتاع المدين أو جزء شائع منه :

إذا قلنا بجواز بيع الحاكم أموال المدين المماطل لقضاء دينه، فيستحب عرض كل سلعة أو متاع في سوقه الخاص به؛ لأنه أحوط لمعرفة قيمته وأكثر لطلابه - كمال قال البهوتي [3] - فأهل كل سوق أعرف من غيرهم بقيمة المتاع. ويتم البيع للمتاع بالنداء عليه. وهو مايسمى اليوم " بالمزاد العلني ".

ويستحب أن يحضر كل من المدين والدائن البيع. ومن الحكمة في حضور الدائن -كما قال ابن قدامة- : " الأول : أنه يباع لهم. والثاني : أنهم ربما رغبوا في شراء شيء منه فزادوا في ثمنه، فيكون أصلح لهم وللمفلس. والثالث : أنه أطيب لقلوبهم وأبعد من التهمة. الرابع : أنه ربما كان فيهم من يجد عين ماله فيأخذها " [4] .

---

(١) تبيين الحقائق ٥/٢٠٠.
(٢) انظر المراجع السابقة.
(٣) كشاف القناع ٣/٤٣٣، منتهى الإرادات ٢/١٤٧.
(٤) المغني لابن قدامة ٤/٤٩١.

مما سبق يتبين أنه يجوز للدائن شراء سلعة المدين المفلس كلها أو جزء مشاع منها وكذلك يجوز له شراء سلعة المدين المماطل أو جزء مشاع منها ويكون شريكاً لبقية الدائنين أو للمدين. ولايمنع الدائن من ذلك ولو كان هو الذي باعه تلك السلعة. ولايعتبر ذلك من قبيل " بيع العينة "[1] وذلك لأن من شروط تحقق بيع العينة عدم تغير المبيع بنقص أو استعمال أو عيب -كما قال الزيلعي-: " وشرطنا أن يكون المبيع على حاله لم ينتقص لأنه إذا تعيب في يد المشتري فباعه من البائع بأقل من الثمن الأول جاز؛ لأن المانع ربح مالم يضمن"[2] .

فإذا تغير المبيع بنقص أو استعمال أو عيب جاز بيعه إلى البائع؛ لأن نقص الثمن في هذه الحالة جعل مقابل نقص المبيع أو استعماله في الفترة الزمنية الواقعة بين البيعين. فالملك لم يرجع إلى الدائن على الهيئة التي خرج بها عن ملكه، فلا يتحقق فيه " ربح مالم يضمن"؛ لأنه هو المانع من بيع العينة، فالبائع في بيع العينة ربح دون أن يدخل الثمن في ضمانه قبل قبضه. وهو يختلف عن شراء السلعة بعد تغير حالها. ولأن المقصود من بيع العينة التوسل إلى الربا، وهو غير موجود فيمن اشترى السلعة بعد تغير حالها.

وإذا رجعت السلعة إلى ملك الدائن جاز له التصرف فيها ببيع أو إجارة أو غير ذلك. فيجوز تأجيرها إجارة مطلقة أو منتهية بالتمليك للمدين. والإجارة المنتهية بالتمليك: هي أن يقع التعاقد بين المالك والمستأجر على أن ينتفع المستأجر بالعين التي وقع التعاقد عليها بأجرة محددة: بأقساط موزعة على مدة معلومة، على أن

---

(١) بيع العينة : هو بيع السلعة نسيئة بثمن ثم شراؤها ممن باعها إياه نقداً بثمن أقل (معجم لغة الفقهاء ٣٢٦).

(٢) تبيين الحقائق ٤/٥٥، مواهب الجليل للحطاب ٤/٣٩٣، المغني ٤/١٩٥.

ينتهي هذا العقد بملك المستأجر للعين المؤجرة بأن يهبها المالك للمستأجر في نهاية المدة٠ وقد صحح العلماء المعاصرون هذا العقد إذا روعيت فيه الضوابط التالية: الأول : ضبط مدة الإجارة وتطبيق أحكامها طيلة تلك المدة٠ الثاني : تحديد مبلغ كل قسط من أقساط الأجرة٠ الثالث : نقل الملكية إلى المستأجر في نهاية المدة بواسطة هبتها تنفيذاً لوعد سابق بذلك بين المالك والمستأجر[١] .

٣- تأجير الحاكم على المدين المماطل الأملاك التي لاتباع لقضاء دينه:

إذا كان للمدين المماطل أملاك ينتفع بها ولاتباع عليه كأرض موقوفة أو ضيع[٢] ، فهل يجبره الحاكم على تأجيرها لقضاء الدين من أجرتها؟

اختلف الفقهاء في إجبار المدين المفلس على تأجيرها لقضاء الدين من أجرتها فذهب المالكية والشافعية في الأصح والحنابلة إلى أن المدين يجبر على إيجارها لقضاء دينه، إذا كان ذلك الموقوف يستغنى عنه، لأنه قادر على وفاء دينه بالأجرة، فيلزمه ذلك : كمن يملك مايقدر على الوفاء به كما قال البهوتي : " ويجبر على إيجار موقوف عليه يستغنى عنه " لأنه قادر على وفاء دينه فلزمه: كمالك ما يقدر على الوفاء " [٣] . وأفتى الإمام الغزالي بأنه يجبر على إجارة الموقوف أي بأجرة معجلة مالم يظهر تفاوت بسبب تعجيل الأجرة إلى حد لايتغابن به الناس في غرض قضاء الدين [٤] .

---

(١) أعمال الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي - التوصيات والفتاوى-٠

(٢) المراد بالوقف هنا الوقف الأهلي أو الذري : وهو ماجعل ريعه لذرية الواقف من بعده.

(٣) كشاف القناع ٤٣٩/٣، وانظر : حاشية الخرشي ٢٧٠/٥، مغني المحتاج ١٥٥/٢، نهاية المحتاج ٣٣٠/٤، المغني ٤٩٥/٤.

(٤) روضة الطالبين ١٤٦/٤.

وذهب الحنابلة في قول والشافعية في غير الأصح إلى عدم إجباره على ذلك.[1]

والذي أميل إليه ماذهب إليه الجمهور من أن المدين المماطل يجبر على إيجار الأملاك الموقوفة التي لاتباع عليه لقضاء دينه؛ لأن المنافع أموال عند جمهور الفقهاء، ومن ملكها بحيازة أصلاً يعد موسراً يجبر على الوفاء. فإذا جاز ذلك بالنسبة للمفلس جاز ذلك بالنسبة للماطل من باب أولى لأنه قد يملك بالإضافة إلى تلك الأموال التي لاتباع عليه أموالاً أخرى هرّبها بقصد الإضرار بالدائن.

٤- تمكين الدائن من فسخ البيع واسترداد المبيع :

إذا ماطل المدين الموسر في الدين فهل يجوز للدائن أن يفسخ البيع ويسترد المبيع إذا كان سبب الدين ذلك البيع ؟

ذهب بعض الفقهاء مثل ابن تيمية إلى جواز فسخ البيع واسترداد المبيع كما جاء في المبدع : " إذا كان المشتري مفلساً قال الشيخ تقي الدين أو مماطلاً فللبائع الفسخ ذكره الأكثر؛ لأن عليه ضرراً في تأخير الثمن فكان له الفسخ والرجوع في عين ماله كمفلس وكمبيع " [2] .

وذهب الشافعية في الصحيح والحنابلة في المذهب إلى أن البيع لايفسخ إذا كان المدين موسراً مماطلاً؛ لأن ضرره يزول بحجر الحاكم عليه ووفائه من ماله[3] .

والذي أميل إليه ماذهب إليه ابن تيمية من أنه إذا كان المشتري مماطلاً فللبائع

(١) المرجع السابق، الإنصاف للمرداوي ٣١٧/٥.

(٢) المبدع لابن مفلح ١١٦/٤.

(٣) مغني المحتاج ١٥١/٢، كشاف القناع ٢٤٠/٣، الإنصاف ٤٥٩/٤.

فسخ البيع واسترداد المبيع إذا تمكن من ذلك دفعاً لضرر المخاصمة ورفع الأمر إلى القضاء . وهذا ما صححه المرداوي في الإنصاف. وقال البهوتي : " قال في الإنصاف وهو الصواب. قلت : خصوصاً في زماننا هذا" [1] .

٥ - تغريم المدين المماطل النفقات القضائية وأتعاب المحامي :

إذا كان دفع الظلم عن الدائن يحتاج إلى القضاء، فإن نفقات القضية تكون على المدين المماطل لتسببه بها جوراً وعدواناً كما قال ابن تيمية : " إذا كان الذي عليه الحق قادراً على الوفاء حتى أحوجه إلى الشكاية فما غرمه بسبب ذلك يلزم المماطل ، إذا غرمه على الوجه المعتاد" [2] . وقال المرداوي : " ونظير ذلك ماذكره المصنف والأصحاب في باب استيفاء القصاص ... وإن احتاج إلى أجرة فمن مال الجاني، وكذا القطع في السرقة على السارق"[3] .

٦ - إسقاط عدالة المدين المماطل ورد شهادته والامتناع عن التعامل معه:

المدين المماطل ظالم بنص الحديث ويجوز عقوبته برد شهادته كما حكى الباجي عن أصبغ وسحنون من المالكية حيث قالا برد شهادته؛ لأنه فاسق بظلمه، وإذا فسق وردت شهادته حرم من التعامل معه.

وهل يعاقب بتلك العقوبة بمجرد مماطلته أو بتكرارها؟ قال النووي : مقتضى مذهبنا اشتراط التكرار. وقال السبكي إن مقتضى مذهبنا عدمه واستدل بأن منع الحق بعد طلبه وابتغاء العذر عن أدائه كالغصب. والغصب كبيرة وتسميته ظلماً

---

(١) كشاف القناع ٣/٢٤٠.

(٢) مجموعة الفتاوي لابن تيمية ٢٤/٣٠. ٢٥، واختيارات ابن تيمية للبعلي ١٣٦، الإنصاف ٥/٢٧٦.

(٣) الإنصاف للمرداوي ٥/٢٧٧.

يشعر بكونه كبيرة والكبيرة لايشترط فيها التكرار [١] .

٧ - تعزير المدين المماطل بالحبس والضرب والمنع من السفر :

اتفق الفقهاء على أن المدين المماطل إذا امتنع عن قضاء دينه فإنه يعاقب بالتعزير من حبس وضرب وغير ذلك مما يدفعه إلى وفاء دينه كما قال كل من ابن تيمية وتلميذه ابن القيم : " لانزاع بين العلماء أن من وجب عليه حق من عين أو دين وهو قادر على أدائه وامتنع منه أنه يعاقب حتى يؤديه ونصوا على عقوبته بالضرب ذكر ذلك الفقهاء من الطوائف الأربعة"[٢] . واستدلوا لذلك بحديث : " مطل الغني ظلم" وفي رواية : " لي الواجد يحل عرضه وعقوبته "[٣] . فالعقوبة لاتختص بالحبس بل هي بالضرب أظهر منها في الحبس. ويستدل على وجوب ضربه بقوله صلى الله عليه وسلم : " من رأى منكم منكراً فليغيره بيده. . "[٤] . ومن المنكر مطل الغني، فمن صح غناه ومنع خصمه، فقد أتى منكراً وظلماً، وكل ظلم منكر فوجب على الحاكم تغييره باليد. كما يجوز منع المدين المماطل من السفر بناء على طلب من صاحب الحق [٥] .

---

(١) المنتقى للباجي ٦٦/٥، فتح الباري ٤٦٦٢٤، شرح النووي على مسلم ٢٢٧/١٠.
(٢) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ٩٢.
(٣) مر تخريج الحديث.
(٤) صحيح مسلم ٦٩/١.
(٥) لقد فصلت القول في ذلك في بحث مستقل بعنوان " منع المدين من السفر في الفقه الإسلامي".

الخاتمة

بعد عرض الأحكام الخاصة بصيانة ومعالجة المديونات المتعثرة نستطيع أن نوجز أهم ما انتهينا إليه في النقاط التالية :

١- أسباب تعثر المديونيات في الفقه الإسلامي هي : الإعسار، المماطلة، الموت، الجحود، كساد النقود أو انقطاع التعامل بها٠

٢- ينبغي أن يتخذ الدائن الاحتياطات الممكنة لصيانة الديون من التعثر، ومن ذلك توثيق الدين بالكتابة والإشهاد والرهن والكفالة٠

٣- الشرط الجزائي المتضمن الاتفاق على مقدار معين من التعويض عن ضرر تأخير الدين لا يجوز لأنه ربا نسيئة٠

٤- زيادة مقدار الدين لأجل تأخير الأجل وهي ماتسمى " جدولة الديون" لاتجوز لأنها ربا نسيئة٠

٥- التعويض عن ضرر التأخير في الديون لايجوز سواء حصل عليه الدائن باشتراط أو وعد أو عرف؛ لأنه زيادة مشروطة في قرض، وكل قرض جر منفعة فهو ربا٠

٦- يجوز للدائن اشتراط حلول باقي الأقساط إذا تأخر المدين عن سداد قسط منها، بحيث تكون المدة التي تأخر فيها دالة على التأخير عرفاً ٠

٧- يجوز للدائن اشتراط دفع صدقة للفقراء إذا تأخر المدين عن الوفاء بدينه في المدة المحددة؛ لأن هذا الشرط تضمن مقصوداً صحيحاً في الشرع وهو البر بالفقراء٠

٨- يجوز للدائن اشتراط اشتراك المدين في صندوق للتأمين التبادلي لأنه يتضمن مقصوداً صحيحاً كاشتراط الصدقة للفقراء وتأميناً مشروعاً للدائن على ماله.

٩- المدين المعسر يمهل وينظر؛ ويعان على سداد دينه، إما باعطائه من الزكاة وإما بتوفير العمل اللائق به وإجباره على التكسب به.

١٠- يجوز للبائع الذي لم يقبض الثمن أن يفسخ البيع ويسترد المبيع، وكانت السلعة باقية على حالها ولم يطرأ عليها تغيير، ولم يتصرف فيها المشتري ببيع أو هبة أو رهن، ويقاس على ذلك المدين المماطل.

١١-يجوز للدائن شراء سلعة من مدين مفلس، ولو كانت تلك السلعة قد انتقلت إلى المدين بسبب بيع عقده مع الدائن، ولايعتبر ذلك من قبيل بيع العينة لتباعد الزمان بين البيعين وتغير السلعة بالاستعمال.

١٢- للحاكم إجبار المدين المماطل على تأجير الأملاك الموقوفة عليه لقضاء الدين من أجرتها وإنصاف الدائنين.

١٣- يتحمل المدين المماطل تكاليف رفع القضية إلى القضاء وأتعاب المحامي التي يدفعها الدائن؛ لأن المدين هو الذي تسبب في ذلك.

١٤- يعاقب المدين المماطل بعقوبات تعزيرية من شأنها حمله على قضاء دينه : ومن ذلك الحبس والضرب ورد شهادته وحظر التعامل المالي معه.

المراجع والمصادر

أولاً : كتب التفسير :

١- أحكام القرآن لأبي بكرأحمدبن علي الرازي الجصاص(ت٣٧٠هـ) ، دار الكتاب العربي، بيروت، مصور عن الطبعة الأولى، مطبعة الأوقاف الإسلامية بدار الخلافة العلية ١٣٣٥هـ٠

٢- أحكام القرآن لأبي بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي (ت٥٤٣هـ)، مطبعة عيسى الحلبي بالقاهرة٠

٣- أحكام القرآن لأبي الحسن علي بن محمد الطبري المعروف بالكيا الهراسي (ت٥٠٤هـ) ، مطبعة حسان بالقاهرة، ط١٠

٤- البحر المحيط لمحمد بن يوسف الشهير بأبي حيان الأندلسي (ت٧٥٤هـ)، دار الفكر ببيروت، ١٩٩٢م٠

٥- التفسير الكبير لفخر الدين الرازي (ت٦٠٦هـ)، دار إحياء التراث العربي ببيروت٠

٦- تفسير القرآن العظيم لأبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي(٧٧٤هـ)، دار المعرفة ببيروت،ط٣٠

٧- الجامع لأحكام القرآن لأبي عبدالله محمد بن أحمد القرطبي (٦٧١هـ)، دار إحياء التراث العربي ببيروت، ١٩٦٥م٠

٨- جامع البيان في تفسير القرآن لمحمد بن جرير الطبري (ت٣٠٩هـ)، دار المعرفة ببيروت، ١٩٨٣م٠

ثانياً : كتب الحديث وشروحه :

٩- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لأبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن حجر، مكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة٠

١٠- سبل السلام للإمام محمد بن إسماعيل الصنعاني، مكتبة الرسالة الحديثة ببيروت٠

١١- سنن ابن ماجة لمحمد بن يزيد (ت٢٧٥هـ) ، مطبعة عيسى الباي الحلبي بالقاهرة٠

١٢- سنن أبي داود لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستانس (ت٢٧٥هـ)، دار إحياء السنة المحمدية بالقاهرة٠

١٣- سنن الترمذي لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة (٢٧٩هـ)، دار إحياء التراث العربي ببيروت٠

١٤- السنن الكبرى لأبي أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (٤٥٨هـ)، دار الفكر ببيروت ٠

١٥- صحيح البخاري لأبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري (٢٥٦هـ)، المكتب الإسلامي باستانبول ١٩٧٩م٠

١٦- صحيح مسلم لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (٢٦١هـ)، طبعة إدارة البحوث العلمية بالرياض، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م٠

١٧- صحيح مسلم بشرح النووي ليحيى بن شرف مري الحوراني النووي (٦٧٦هـ)، المطبعة المصرية بالقاهرة٠

١٨- عمدة القاري في شرح صحيح البخاري للشيخ بدر الدين بن محمد محمود بن أحمد العيني (٨٥٥هـ)، دار الفكر ببيروت.

١٩- فتح الباري لأبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر (ت٨٥٢هـ)، المطبعة السلفية بالقاهرة.

٢٠- فيض القدير شرح الجامع الصغير - للمناوي- دار المعرفة ببيروت.

٢١- الموطأ للإمام مالك بن أنس (١٧٩هـ)، مع تنوير الحوالك، دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة.

٢٢- نيل الأوطار لمحمد بن علي الشوكاني (١٢٥٠هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة، الطبعة الأخيرة .

ثالثاً : كتب الفقه :

أ - الفقه الحنفي :

٢٣- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني (٥٨٧هـ)، دار الكتاب العربي ببيروت، ط٢، ١٩٨٢م.

٢٤- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي (٧٤٣هـ)، دار المعرفة ببيروت.

٢٥- تنبيه الرقود على أحكام النقود لمحمد أمين بن عابدين (ت١٢٥٢هـ)، شرح وتحقيق محمد سلامة جبر، مطابع القبس التجارية بالكويت.

٢٦- الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري لأبي بكر بن علي المعروف بالحدادي العبادي (ت٨٠٠هـ)، مطبعة عارف بتركيا، ١٩٧٨م.

٢٧- حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار) لمحمد أمين الشهير

بابن عابدين (١٢٥٢هـ)، دار الفكر ببيروت ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.

٢٨- درر الحكام شرح غرر الأحكام لمحمد بن قراميز منلاخسرو (ت١٣٣٠هـ)، مطبعة أحمد بالقاهرة، ١٣٢٩هـ.

٢٩- العناية على الهداية لأكمل الدين البابرتي (ت٧٨٦هـ) على هامش فتح القدير.

٣٠- فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي (٨٦١هـ)، مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة، ط١، ١٩٧٠م.

٣١- المبسوط لأبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي (٤٨٣هـ)، دار المعرفة ببيروت.

٣٢- مجمع الأنهر لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان داماد المدعو بشيخ زاده (١٠٧٨هـ)، دار إحياء التراث العربية ببيروت.

٣٣- محاسن الإسلام وشرائع الإسلام لأبي عبدالله محمد بن عبدالرحمن البخاري الزاهد(٥٤٦هـ)، دار الكتب العلمية ببيروت.

ب - الفقه المالكي :

٣٤ - أسهل المدارك، شرح إرشاد المسالك لأبي بكر بن حسن الكشناوي، مطبعة عيسى البابي الحلبي بالقاهرة، الطبعة الأولى.

٣٥- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لمحمد بن أحمد بن رشد (٥٩٥هـ) ، مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة، ط٣، ١٣٧٩هـ- ١٩٦٠م.

٣٦- تبصرة الحكام في أصول الأقضية والأحكام لبرهان الدين إبراهيم بن فرحون (٨١٧هـ)، مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة، ١٩٥٨هـ.

٣٧- تحرير الكلام في مسائل الالتزام لمحمد بن محمد الحطاب (ت٩٥٤هـ)، دار الغرب الإسلامي ببيروت، ط١، ١٩٨٤م.

٣٨- حاشية الخرشي على مختصر خليل لأبي عبدالله محمد بن عبيد الله بن علي الخرشي (١١٠١هـ)، دار صادر -ببيروت.

٣٩- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لشمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي (١٢٣٠هـ)، دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة.

٤٠- الشرح الصغير لأحمد بن محمد الدردير، دار المعارف بالقاهرة، ١٩٧٣م.

٤١- قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لمحمد بن أحمد ابن جزي الغرناطي المالكي (٧٤١هـ)، دار العلم للملايين ببيروت.

٤٢- الكافي في فقه أهل المدينة لأبي عمر يوسف بن عبد البر النمري (ت٤٦٤هـ)، مكتبة الرياض الحديثة، ط٢، ١٤٠٠هـ.

٤٣- المعيار المعرب عن فتاوي علماء إفريقية والأندلس وبلاد المغرب لأحمد بن يحيى الونشريسي (٩١٤هـ)، دار الغرب الإسلامي، بيروت،١٩٨١.

٤٤- المنتقى في شرح الموطأ لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي (٤٩٤هـ)، دار الكتاب العربي بيروت.

٤٥- مواهب الجليل شرح مختصر خليل لأبي عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب(٩٥٤هـ)، نشر مكتبة النجاح بليبيا.

ج - الفقه الشافعي :

٤٦- الإجماع لمحمدبن إبراهيم بن المنذر(ت ٣١٨هـ)، دار الدعوة بالاسكندرية، ط٢، ١٤٠٢هـ.

٤٧- جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود لمحمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي، مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة، ط١، ١٩٥٥م.

٤٨- حاشية قليوبي على شرح المنهاج لشهاب الدين القليوبي(١٠٦٩هـ)، مطبعة عيسى البابي الحلبي بالقاهرة.

٤٩- روضة الطالبين وعمدة المفتين ليحي بن شرف بن مري الحوراني النووي (٦٧٦هـ)، المكتب الإسلامي ببيروت ، ط٢، ١٤٠٥هـ.

٥٠- روضة القضاة وطريق النجاة لعلي بن محمد السمناني (٤٩٩هـ)، مؤسسة الرسالة ببيرون، دار الفرقان بعمان، ط٢، ١٩٨٤م.

٥١- الزواجر عن اقتراف الكبائر لأحمد بن محمد الهيثمي (٩٧٤هـ)، دار الباز، مكة المكرمة.

٥٢- فتاوى ابن الصلاح، إدارة الطباعة المصرية بالقاهرة.

٥٣- المجموع شرح المهذب ليحيى بن شرف بن مري الحوراني النووي (٦٧٦هـ)، دار العلوم للطباعة بالقاهرة، ١٩٧٢م.

٥٤- مغني المحتاج للشيخ محمد الشربيني الخطيب (٩٧٧هـ)، مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة، ١٩٥٨م.

٥٥- المهذب لأبي إسحق إبراهيم بن علي الشيرازي (٤٧٦هـ) ، مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة، ط٢، ١٩٥٩م.

٥٦- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي، (١٠٠٤هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة، ١٩٣٨م.

د- الفقه الحنبلي :

٥٧- الاختيارات الفقهية من فتاوي ابن تيمية لعلاء الدين أبي الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي (٨٠٣هـ)، دار المعرفة ببيروت.

٥٨- إعلام الموقعين لأبي عبدالله محمد بن القيم، دار الجبل ببيروت ١٩٧٣م.

٥٩- الإفصاح عن معاني الصحاح ليحيى بن محمد بن هبيرة (٥٦٠هـ)، مطبعة الكيلاني بالقاهرة، ١٩٨٠م.

٦٠- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي (٨٨٥هـ)، مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة، ط١، ١٣٧٥هـ - ١٩٥٦م.

٦١- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لأبي عبدالله محمد بن القيم (٧٥١هـ)، مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة، ١٩٥٣م.

٦٢- القواعد النورانية الفقهية لأحمد بن عبدالحليم بن تيمية (٧٢٨هـ)، مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة، ط١، ١٩٥١.

٦٣- كشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي (١٠٥١هـ)، مطبعة النصر الحديثة بالرياض.

٦٤- المبدع في شرح المقنع لأبي عبدالله محمد بن مفلح(٧٦٣هـ)، المكتب

الإسلامي ببيروت، ط١، ١٤٠١هـ- ١٩٨١م.

٦٥- مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد بن حنبل للشيخ أحمد ابن عبدالله القاري (١٣٥٩هـ)، مطبوعات تهامة بالسعودية، ط١، ١٤٠١هـ.

٦٦- مجموع الفتاوي لأحمد بن عبدالحليم بن تيمية (ت٧٢٨هـ)، دار العربية ببيروت ومعه السياسة الشرعية.

٦٧- المغني لأبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة (٦٢٠هـ)، مكتبة الرياض الحديثة بالرياض.

هـ - مذاهب أخرى :

٦٨- المحلى لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري (٤٥٦هـ)، دار الاتحاد العربي بالقاهرة، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.

رابعاً : كتب حديثة :

٦٩- دراسات في أصول المداينات للدكتور نزيه حماد، دار الفاروق بالطائف، ط١، ١٩٩٠م، معه بحث المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء وبطلان الحكم بالتعويض المالي عن ضرر المماطلة "تعقيب على مقال الشيخ الزرقا".

٧٠- درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، دار الكتب العلمية ببيروت، ط١، ١٩٩١م.

٧١- الشرط الجزائي لعبد المحسن سعيد الرويشد، رسالة دكتوراه بجامعة

القاهرة، ١٩٨٣م.

٧٢- الشرط الجزائي ضمن أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، دار أولي النهي، ط٢. ١٩٩٢م.

٧٣- الشرط الجزائي في القانون المدني والقانون الجزائري لنجاري عبدالله، رسالة ماجستير، بالقاهرة، ١٩٨٣م.

٧٤- الضمان في الفقه الإسلامي لعلي الخفيف، مطبوعات معهد البحوث والدراسات العربية بالقاهرة، ١٩٧١م.

٧٥- عقد القرض في الشّريعة الإسلامية للدكتور علاء الدين خروفة، مؤسسة نوفل ببروت، ط١، ١٩٨٢م.

٧٦- نظرية الأجل في الالتزام لعبدالناصر العطار، مطبعة السعادة بالقاهرة، ١٩٧٨م.

٧٧- نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية لعبد الناصر العطار، مطبعة السعادة بالقاهرة، ١٩٧٥م.

٧٨- وسائل الإثبات للدكتور محمد الزحيلي، دار البيان- دمشق، ط١، ١٩٨٢م.

خامساً : الكتب القانونية:

٧٩- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، إعداد المكتب الفني لنقابة المحامين، مطبعة التوفيق بعمان، ط٢، ١٩٨٥م.

٨٠- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، إعداد لجان تطوير التشريعات بمجلس الوزراء الكويتي.

٨١- الموجز في شرح القانون المدني العراقي لعبد المجيد الحكيم، شركة الطبع والنشر الأهلية ببغداد، ط١، ١٩٦٥م.

٨٢- نظرية الالتزام في القانون المدين المصري لأحمد حشمت أبوستيت، مطبعة مصر بالقاهرة، ١٩٤٥م.

٨٣- النظرية العامة للالتزام لجميل الشرقاوي، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٨١م.

٨٤- النظرية العامة للالتزام لعبد الحي حجازي، مطبعة الفجالة الجديدة، ١٩٥٤م.

٨٥- الوسيط في شرح القانون المدني لعبدالرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي ببيروت.

سادساً : كتب اللغة والمصطلحات :

٨٦- تحرير ألفاظ التنبية لمحي الدين يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ)، دار القلم، بدمشق، ط١، ١٩٨٨م.

٨٧- التعريفات لعلي بن محمد الجرجاني (ت٨١٦هـ)، دار الكتاب العربي ببيروت، ط١، ١٩٨٥م.

٨٨- الكلبات لأبي البقاء أيوب بن موسى الكفوي (ت١٠٩٤هـ)، منشورات وزارة الثقافة بدمشق، ١٩٨١م.

٨٩- لسان العرب لأبي الفضل محمد بن مكرم بن منظور (٧١١هـ)، دار صادر ببيروت، ١٣٧٤هـ-١٩٥٥م.

٩٠- المصباح المنير لأبي العباس أحمد بن محمد الفيومي (٧٧٠هـ)، المطبعة

الأميرية بالقاهرة، ط٦، ١٩٢٦م.

٩١- معجم لغة الفقهاء لمحمد رواس قلعجي وحامدقنيبي، دار النفائس ببيروت، ط١، ١٩٨٥م.

٩٢- معجم مقاييس اللغة لأحمد بن فارس (ت٣٩٥هـ)، دار الجيل ببيروت، ط١، ١٩٩١م.

٩٣- المعجم الوسيط لإبراهيم مصطفى وآخرين، المكتبة العلمية بطهران.

٩٤- المفردات في غريب القرآن للحسين بن محمد الراغب الأصفهاني (ت٥٠٢هـ)، مطبعة مصطفي الحلبي بالقاهرة، ١٩٦١م.

٩٥- الوجوه والنظائر في القرآن الكريم لهارون موسى، دار الحرية ببغداد ، ١٩٨٨م.

سابعاً : الدوريات والفتاوي :

٩٦- أبحاث الاقتصاد الإسلامي، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي بجامعة الملك عبدالعزيز بجدة:

أ- مقال : هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن لمصطفى أحمد الزرقا- العدد الثاني، المجلد الثاني، ١٩٨٥م.

ب- تعقيب على المقال السابق للدكتور رفيق المصري، العدد نفسه.

ج- فتوى للدكتور الصديق محمد الأمين الضرير بعنوان : الاتفاق على إلزام المدني الموسر بتعوض ضرر المماطلة، العدد الأول، المجلد الثالث، ١٩٨٥م.

٩٧- البحوث الفقهية المعاصرة مقال : منهج الفقه الإسلامي في عقوبة المدين

المماطل للدكتور نزيه حماد، العدد الرابع عشر، ١٩٩٢م.

٩٨- البنوك في الأردن مقال : الشرط الجزائي: هل يجوز شرعاً؟ للشيخ عبدالحميد السائح، حزيران ١٩٨٦م.

٩٩- الحقوق والشريعة، مقال : الشرط الجزائي في الشريعة والقانون للدكتور زكي الدين شعبان، العدد الثاني، السنة الأولى، ١٩٧٧م.

١٠٠-فتوى من البنك الإسلامي الأردني عن الشرط الجزائي أجاب عنها الشيخ السائح.

١٠١-فتوى من بنك البركة عن الشرط الجزائي أجاب عنها الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير.

Abstract

Protection of debts under Islamic Jurisdiction

By

Dr. *Mohammad Othman Shebair*
Asst. Professr, Faculty Sharia, Jordan University

This study deals with the Islamic figh methods concerning the doubtful debts issue affecting a considereable number of the contemporary financial institutions, with special concentration on the penalty clause applied by many contemporary laws, as when the creditor agreed to receive a Surplus payment from the debtor if the later fails to repay him on due time.

The Study shows that such clause is illegal if related to the debts and the surplus payment recieved by the creditor himself, because such action is considered no more than usury.

However the Surplus payment can be made to a welfare body, such as the poor.

The creditor also may enforce a clause that requires payment of the remaining installments if the debtor fails to pay any of them on due time. He also may enforce a clause that requires the debtor to subscribe in a mutual insurance fund, in order to protect his right, if the debtor fails to repay him.



بسم الله الرحمن الرحيم

حكم قتل المدنيين الحربيين
حال اشتراكهم في محاربة المسلمين

إعداد

الدكتور حسن عبدالغني أبو غدة *

* أستاذ مساعد في قسم الدراسات الإسلامية بكلية التربية - جامعة الملك سعود - الرياض.

المقدمة : نبذة عن البحث :

التعريف بالموضوع : يتصل هذا البحث بما يطلق عليه اليوم : " فقه العلاقات الدولية ". وتهدف دراسة هذا الموضوع إلي : بيان حكم الإسلام في قتل المدنيين من العدو، حال اشتراكهم في الحرب ضد المسلمين، كما تعدف الدراسة إلى بيان ماقد يترتب على قاتل المدنيين، من مسؤولية : «دينية» أو «مدنية» أو «جزائية »[1] .

أهمية الموضوع : تبدو أهمية الموضوع، من حيث ضرورة معرفة الحكم الشرعي في بعض صور قتل المدنيين من الأعداء، في حالات الحرب التي تقع بين المسلمين وعدوّهم، كما حدث ويحدث في فلسطين المحتلة، وجنوبي لبنان، والبوسنة، والشيشان، وغيرها من البلدان؛ وذلك لما يصاحب النطق بلفظ المدنيين من استعظام واستنكار -على وجه العموم- لقتلهم.

منهج البحث وطريقته :

يقوم منهج البحث في هذا الموضوع على جمع الأقوال الفقهية الفردية والمذهبية، من مصادرها المعتمدة، فضلاً عن تتبع الأدلة والوقائع العملية في زمن النبي صلى الله عليه وسلم، ثم تخريجها وبيان وجوه الدلالة فيها، مع ترتيبها بطريقة متسلسلة.

هذا، وقد راعيت في العزو إلي كتب المذاهب الفقهية، التسلسل الزمني لوجود هذه المذاهب، وربما قدمت المرجع الأكثر استفاء للعبارة المذكورة، ثم الذي يليه. وقد أعزو في المسألة الواحدة إلى أكثر من كتاب في المذهب الواحد، للوفاء بتمام

---

(١) يقصد بالمسؤولية الدينية : الإثم، وبالمدينة : التكليف المالي من كفارة ودية ونحوها، وبالجزائية : استيفاء القصاص أو التعزير ممن يستحقه.

المسألة المعزّوة٠

هذا، وقد اقتضى البحث الرجوع إلي كتب التفسير وكتب الحديث وشروحه، وكذلك الرجوع إلي كتب السيرة والتاريخ واللغة، وإلى بعض المؤلفات العصرية، ذات الصلة٠

هذا، وقد جاءت الخطّة على النحو التالي :

التمهيد : وفيه مبحثان :

المبحث الأول : في التعريف بالمدنيين الحربيين٠

المبحث الثاني : في حكم قتل المدنيين الحربيين إذا لم يشتركوا في الحرب٠

فصل : في حكم قتل المدنيين الحربيين حال اشتراكهم في محاربة المسلمين وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : عرض النصوص الفقهية المذهبية في الموضوع٠

المبحث الثاني : بيان الأدلة على جواز قتل المدنيين المشتركين في الحرب٠

المبحث الثالث : بيان حكم الشرع فيمن قتل مدنياً شارك في القتال٠

الخاتمة : في يان أهم معالم ونتائج هذا البحث ٠

فهرس المصادر والمراجع ٠

ومن الله تعالى أستمد العون والتوفيق، وهو حسبي ونعم الوكيل٠

التمهيد : وفيه مبحثان :

المبحث الأول
في التعريف بالمدنيين الحربيين

أولاً : المراد بالمدنيين :

المدنيون في اللغة : جمع مدني، نسبة إلى مدينة[1] ، ويراد بهم في علم العلاقات الدولية المعاصر : الذين لايمارسون الأعمال الحربية، وينبغي للعدو احترامهم[2] .

ويُطلق عليهم في الفقه الإسلامي : غير المقاتلين، وغير المقاتلة (بضم الميم وكسر التاء) وغير المحاربين [3] ، ومن لايحلُّ قتله من الكفرة الحربيين[4] ، وللفقهاء اتجاهان رئيسان في تحديد المراد بهؤلاء:

الاتجاه الرئيس الأول : يحصرهم في النساء والصبيان والرسل (الدبلوماسيين) وهذا هو القول الأظهر عند الشافعية[5] ، وإليه ذهب ابن المنذر[6] ، وابن حزم [7] . واستدل هؤلاء بأدلة خاصة فيها : النهي عن قتل النساء، والصبيان[8] ، والرسل[9] . واعتبروا هذه الأصناف فقط، مستثناة من عموم قوله تعالى :﴿فاقتلوا المشركين

---

(١) الصحاح : مادة : «مَدَن».

(٢) القانون الدولي العام في السلم والحرب للدكتور الشافعي محمد البشير طبع القاهرة ١٩٧٤م.

(٣) شرح السير الكبير ٤١/٢-٤٢ ومنح الجليل ٧١٤/١ والأم ٢٤٠/٤ والمغني ١٧٨/١٣ والمحلى ٢٩٦/٧.

(٤) بدائع الصنائع ١٠١/٧-١٠٢ والإقناع ٩/٢.

(٥) منهاج الطالبين وشرح المحلي ٢١٨/٤.

(٦) المغني ١٧٧/١٣-١٧٨.

(٧) المحلى ٢٩٦/٧.

(٨) شرح صحيح مسلم للنووي ٤٨/١٢.

(٩) عون المعبود ٢٤٢/٧ وزاد المعاد ٧٥/٢و٣٢/٣.

حيث وجدتموهم ﴾[١] . وعموم حديث : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا : لا إله إلا الله ٠٠٠ »[٢] .

الاتجاه الرئيس الثاني : يرى أن المدنيين الحربيين هم :كل من لايتأتّى منه القتال، لاعتبارات بدنية أو عرفية، وذا هو المروي عن أبي بكر الصديق وعمر بن الخطاب وابن عباس[٣]-رضي الله عنهم- وهو المنقول عن مجاهد وعمر بن عبد العزيز[٤] ، وإليه ذهب جمهور الفقهاء: الحنفية والمالكية والحنابلة[٥] ، والمرتضى والقاسمية[٦] .

وقد ضرب أصحاب الاتجاه الثاني أمثلة لهؤلاء الذين لايتأتى منهم القتال بالأصناف التالية :

١- النساء٠ ٢- الصبيان٠ ٣- الرسل٠

٤- الشيوخ٠ ٥- الرهبان[٧] . ٦- الزَمْني[٨]

٧- السوقة، كالتجار والمزارعين والعمال والمستخدمين[٩] .

---

(١) سورة التوبة ٥٠

(٢) اللؤلؤ والمرجان فيمااتفق عليه الشيخان برقم ١٤٠

(٣) المغني ١٣/١٧٧-١٨٠٠

(٤) الجامع لأحكام القرآن ٢/٣٤٨٠

(٥) بدائع الصنائع٧/١٠١ ومنح الجليل ١/٧١٤-٧١٥ ومطالب أولي النهى ٢/٥١٨٠

(٦) البحر الزخار ٦/٣٩٧-٣٩٨٠

(٧) صنف من النصارى، منقطعون للعبادة في الصوامع، مبتعدون عن مخالطة الناس، يتديَّنون لله تعالى بترك قتال الآخرين ، انظر : مجموع الفتاوى ٢٨/٦٦٠و٦٦١ وأحكام القرآن للجصاص١/٣٢٠٠

(٨) جمع زَمِن (بفتح الزاي وكسر الميم) وهو : الإنسان المبتلى بعاهة أو آفة جسدية مستمرة، تعجزه عن القتال، بحيث لايُخشى منه عادة أن يصير إلى حال يقاتل فيها، انظر : حاشية الدسوقي ٢/١٧٦ والمغني ١٣/١٨٠٠

(٩) انظر هذه الأصناف في : أحكام القرآن لابن العربي ١/١٠٤ والمواضع السابقة في البدائع والمنح والمطالب٠

واستدل أصحاب هذا الاتجاه بأدلة أخرى خاصة -زائدة عما استدل به أصحاب الاتجاه الأول- فيها النهي عن قتل بقية الأصناف السبعة، واعتبارها مستثناة أيضاً من الأدلة العامة، المتضمنة مشروعية قتل المقاتلين من الكفار[1] .

وإن الناظر في أدلة الفريقين يترجح لديه ماذهب إليه أصحاب الاتجاه الفقهي الثاني، وهم الجمهور؛ لأن الآيات والأحاديث تومىء إلى أن علة قتل الكفار المحاربين هي : المحاربة والمقاتلة، لامجرد الكفر[2].

هذا، ومما ينبغي أن يلاحظ اليوم قيام بعض الدول بتجنيد النساء في قواتها المسلحة، وكذلك اعتبار بعض السوقة قوة احتياطية، يُعتمد عليها في حالة مايطلق عليه : النفير العام، أو التعبئة العامة.

والظاهر أن هؤلاء وأمثالهم -بهذا الوصف- ممن يتأتّى منهم القتال، لايعدُّون في المدنيين، لما هو مقرر : أن الحكم يتغيَّر بتغيُّر علته.

ثانياً : المراد بالحربيين :

الحربيون : جمع حربيّ، نسبة إلى دار الحرب، وهي : البلاد التي يغلب فيها حكم الكفار، وبينها وبين المسلمين حرب[3]، فأهل تلك البلاد هم الحربيون.

ولايلزم من وصف الواحد من تلك البلاد بأنه حربي: أنه مقاتل ومحارب، إذ ليس كل حربي مقاتلاً، وذلك كالنساء والصبيان والشيوخ ونحوهم، من المدنيين المنتمين إلى دار الحرب، الذين لايتأتى منهم القتال غالباً .

---

(١) بداية المجتهد ٣٨٣/١-٣٨٤ ونيل الأوطار ٢٤٨/٧.

(٢) فتح القدير ٢٠٢/٥و٢٠٣ وبداية المجتهد ٣٨٤/١-٣٨٥ والمغني ١٧٨/١٣-١٨٠.

(٣) الدر المختار ورد المحتار٢٥٣/٣ والإنصاف ١٢١/٤.

هذا، وقد كان من الضروري في عنوان البحث تقييد لفظ «المدنيين » بالحربيين، ووصفهم بذلك؛ ليصير العنوان جامعاً، ومانعاً من أن يدخل تحته « المدنيون » من البغاة والذميين والمعاهدين ٠٠٠

ومع هذا، فما دام موضوع البحث هو في « المدنيين الحربيين » دون غيرهم، فقد اكتفي -أثناء الكتابة- بذكر لفظ « المدنيين » من غير وصفهم بالحربيين، اختصاراً للكلام المعهود في عنوان البحث ٠

المبحث الثاني
في حكم قتل المدنيين الحربيين إذا لم يشتركوا في الحرب

اتفق الفقهاء على منع قتل المدنيين إذا لم يشتركوا في الحرب، بأي صورة من صورها الحسية والمعنوية[1]، مع مراعاة مفهوم المدنيين، في ضوء الاتجاهين الفقهين السابقين.

أدلة منع قتل المدنيين إذا لم يحاربوا :

استدل الفقهاء لمنع قتل المدنيين إذا لم يشتركوا في الحرب بعدد من الأدلة، من أهمها :

الدليل الأول : حديث ابن عمر -رضي الله عنهما- : أن امرأة وُجدت في بعض مغازي[2] النبي صلى الله عليه وسلم مقتولة، فأنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل النساء والصبيان [3] .

---

(١) بدائع الصنائع ١٠١/٧ ومنح الجليل ٧١٤/٧-٧١٥ وأسنى المطالب ١٩٠/٤ والمغني ١٧٧/١٣-١٧٨ والمحلى ١٩٦/٧ والبحر الزخار ٣٩٧/٦٠

(٢) أي : فتح مكة كما في رواية الطبراني المذكورة في فتح الباري ١٤٨/٦٠

(٣) متفق عليه كما في اللؤلؤة والمرجان برقم ١١٣٨٠

الدليل الثاني : المعقول، وبيانه : أن المدنيين -بحسب مفهوم كل اتجاه- ليس من شأنهم غالباً مقاتلة المسلمين وإيذاؤهم، إما لضعف أجسامهم، وإما لخَورَ نفوسهم في الحرب[1] ، وإما لجريان عادتهم بتجنّب الحرب واعتزالها[2] .

وإذا تقرر هذا، فلا يجوز قتل المدنيين في تلك الحال، لأن قتلهم إفساد في الأرض، وليس من غرض الشارع ذلك، وإنما غرضه إصلاح العالم، وذلك يحصل بقتل المقاتلين، سوى النساء والصبيان ونحوهم مُّن لايتأتى منه القتال [3] .

هذا، ويجدر بالذكر : أن الاجتهادات الدولية المعاصرة تلتقي -إجمالاً- مع ماذهب إليه جمهور الفقهاء، فيمن يشمله مصطلح « المدنيين »[4] . في حين أن المعمول به -غالباً- في ساحات الحرب غير ذلك، إذ يصنَّف الرجال مابين ١٧-٥٥ سنة في عداد المقاتلين، ولو كانت طبيعة حياتهم وأعمالهم مدنية، كما حدث في الحربين العالميتين الأولى والثانية[5]، وكما حدث في البوسنة والهرسك، وفي الشيشان وفي غيرها من البلدان. . . .

---

(١) المبسوط ٩/٥ وحاشية الدسوقي ١٧٦/٢ وأسنى المطالب ١٩٠/٤ ومطالب أولي النهى ٥١٧/٢.

(٢) فتح القدير٥/٢٠٢و٢٠٣ وبداية المجتهد ٣٨٤/١-٣٨٥ والمغني ١٧٨/١٣-١٨٠.

(٣) نصب الراية ٣٨٧/٣ وجواهر الإكليل ١٥٣/١ ومجموع التفاوي ٣٥٥/٢٨.

(٤) القانون الدولي العام (مرجع سابق)ص٤٣٤ والحقوق الدولية العامة ص٤٤٤ للدكتور فؤاد شباط طبع جامعة دمشق ١٣٧٥هـ/١٩٥٦م.

(٥)تاريخ أوربا في العصر الحديث ص٢٥و٣٠ و١٨٠ و٤٠٥و٦٨٣ لمؤلفه د. فِشَر الطبعة الخامسة لدار المعارف بمصر بدون تاريخ.

الفصل الأول
حكم قتل المدنيين الحربيين حال اشتراكهم في محاربة المسلمين

ذهب عامة الفقهاء إلى جواز قتل المدنيين الحربيين حال اشتراكهم في الحرب ضد المسلمين، سواء أكانوا مختلطين بالمقاتلين الأصليين أم كانوا غير مختلطين بهم، لافرق في هذا بين ماإذا كان اشتراكهم في الحرب حقيقياً، وبين ماإذا كان اشتراكهم معنوياً حكمياً، وهذا قول فقهاء الصحابة والتابعين، وأصحاب المذاهب الأربعة، وبه يقول ابن حزم وغيره[1] .

وإليك تفصيل ذلك في ثلاثة مباحث، على النحو التالي:

المبحث الأول
عرض النصوص الفقهية المذهبية في الموضوع

أرى من المناسب ذكر بعض النصوص الفقهية؛ للإحاطة المباشرة بأقوال الفقهاء فيما نحن بصدده، وللتأكيد على سعة باعهم في معرفة ميادين الحياة العملية، وعلى دقتهم، وعمق نظرهم فيما يدور حولهم من أحداث، في مجال مايطلق عليه اليوم : « العلاقات الدولية »· وهذا بيان ذلك :

أولاً : جاء في كتب الحنفية : « أما في حال القتال فلا يحل فيها قتل امرأة، ولاصبي، ولاشيخ فان، ولامقعد، ولايابس الشق، ولا أعمى، ولامقطوع اليد والرجل من خلاف، ولامقطوع اليد اليمنى، ولامعتوه، ولا راهب في صومعة،

---

(١) شرح السير الكبير ٤١/١ وبداية المجتهد ٣٨٣/١-٣٨٤ والجامع لأحكام القرآن ٣٤٨/٢ وحاشية القليوبي ٢١٨/٤ والمغني ١٧٧/١٣-١٨٢.

ولاسائح في الجبال لايخالط الناس، وقوم في كنيسة ترهّبوا وطُبق عليهم الباب... لأن هؤلاء ليسوا من أهل القتال فلا يقتلون، ولو قاتل واحد منهم قتل[1]، وكذا لو حرّض على القتال، أو دلّ على عورات المسلمين (ويخرّج علي هذا : التحريض في وسائل الإعلام وتجسُّس مايسمى : رجال الدفاع المدني عبر تنقلاتهم)[2] أو كان الكفرة ينتفعون برأيه، أو كان مطاعاً، وإن كانت امرأة، أو صغيراً، لوجود القتال من حيث المعنى... بالرأي والطاعة والتحريض، وأشباه ذلك على ماذكرنا"[3] .

ثانياً : قال المالكية : اتفق العلماء على جواز قتل من قاتل من الصبيان، والنساء، وأهل الصوامع، والعميان، والزمنى، والشيوخ، والفلاحين، والأجراء[4] ، فالمرأة تقتل إن قاتلت، ولها آثار عظيمة في القتال، منها الإمداد بالأموال، ومنها التحريض على القتال، وكذلك الصبيان ومن ذكرنا، فهؤلاء يقتلون إن قاتلوا، ولو برأي ومشورة وتدبير[5] .

ثالثاً : قال الشافعية : الصبي والمرأة والمجنون... إن قاتلوا جاز قتلهم، وكذا من سبَّ منهم الإسلام (يخرِّج عليه التحريض في وسائل الإعلام) ولاعبرة بسبِّ الصبي والمجنون[6] .

---

(١) يلاحظ هنا : تجنيد النساء في بعض الجيوش للقيام بأعمال حربية أو مساندة: كقيادة الآليات والقيام على الاتصالات والاستخبار.. الخ.

(٢) قد تقع إعانة « الدفاع المدني » بنقل الجرحى المحاربين ومعالجتهم، أو طلب التبرع لهم بالدم، أو تزويد المقاتلين بالمعلومات حال التنقل بينهم، أو حفر الخنادق، ونحو ذلك من صور الإعانة الحربية -المموهة- التي يشملها كلام الفقهاء.

(٣) بدائع الصنائع ١٠١/٧ .

(٤) بداية المجتهد٣٨٣/١-٣٨٤.

(٥) أحكام القرآن لابن العربي ١٠٤/١-١٠٦.

(٦) حاشية القليوبي ٢١٨/٤.

رابعاً : جاء في كتب الحنابلة : « لو وقفت امرأة في صفِّ الكفار أو على حضهم ، فشتمت المسلمين وتكشَّفت لهم، جاز رميها قصداً ... وكذلك يجوز رميها إذا كانت تلتقط السهام لهم، أو تسقيهم الماء، أو تحرِّضهم على القتال؛ لأنها في حكم المقاتل، وهذا الحكم في الصبي والشيخ وسائر من مُنع من قتله منهم»[١] .

وقالوا في موضع آخر : « لانعلم في هذا خلافاً، وبهذا قال الأوزاعي والثوري والليث وأصحاب الرأي »[٢] .

المبحث الثاني
بيان الأدلة على جواز قتل المدنيين المشتركين في الحرب

استدل فقهاء المذاهب الأربعة وغيرهم لما تقدم بما يلي :

الدليل الأول : قوله تعالى ﴿وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ﴾ [٣] .

ووجه الدلالة : أن الآية تبيح قتال من قاتل من الكفار [٤] ، ويصير المعني : دافعوا الذين يبتدئونكم بالقتال عامة [٥] ، وهذا يشمل : النساء والصبيان والفلاحين ، وسائر « المدنيين » إن قاتلوا [٦] .

الدليل الثاني : حديث الربيع بن صيفي -رضي الله عنه- قال : «كنا مع النبي صلى عليه وسلم في غزوة [٧] ، فرأى الناس مجتمعين على شيء، فبعث رجلاً

(١) المغني ١٣/١٤١.

(٢) المغني ١٣/١٧٩و١٨٠.

(٣) سورة البقرة ١٩٠.

(٤) أحكام القرآن للجصاص١/٣٢١ وزاد المسير ١/١٩٧.

(٥) التحرير والتنوير ٢/٢٠١

(٦) بداية المجتهد ١/٣٨٤و الجامع لأحكام القرآن ٢/٣٤٨-٣٤٩.

(٧) هي : فتح مكة كما في رواية الطبراني المذكورة في فتح الباري ٦/١٤٨.

فقال : انظر، عَلامَ اجتمع هؤلاء؟ فجاء رجل فقال : امرأة قتيل، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: مابالها قتلت، وهي لاتقاتل»[1] . ووجه الدلالة : أن مفهومه، أنها لو قاتلت لقُتلت [2] .

الدليل الثالث : حديث ابن عباس رضي الله عنهما : «أن النبي صلى الله عليه وسلم، مرَّ بامرأة مقتولة يوم حنين[3] ، فقال : مَنْ قتل هذه؟ فقال أنا يارسول الله، أردفتها خلفي، فأهوت إلى قائم سيفي لتقتلني فقتلتها، فلم يُنكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأمر بها أن توارى»[4] . ووجه الدلالة : أن الصحابي لما علل قتله للمرأة -المدنِّية في الأصل- بأنها صارت مقاتلة، لمباشرتها محاولة قتله، أقرَّه النبي صلى الله عليه وسلم على قتلها، فدل هذا على جواز قتل « المدنيين» إن قاتلوا، لافرق بين امرأة وغيرها[5] .

الدليل الرابع : حديث أبي موسى الأشعري رضي الله الله عنه : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما فَرَغَ من حنين، بعث أبا عامر (ربيعة بن رفيع السلمي

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ١١٥/٢و٤٤٨/٣و١٧٨/٤ وابن ماجة في السنن ٩٤٨/٢ وأبو داود وسكت عنه كما في عون المعبود ٣٢٩/٧ وأخرجه الحاكم وصححه وأقره الذهبي، كما في بلوغ الأماني ٦٤/١٤ وأخرجه ابن حبان في صحيحه، وقال : هذا الخبر محفوظ كما في نصب الراية ٣٨٧/٣، ٣٨٨ وفيه : أن النسائي وعبدالرزاق أخرجاه أيضاً، وأصل الحديث في الصحيحين، انظر : اللؤلؤ والمرجان برقم ١١٣٨.

(٢) فتح القدير ٢٠٢/٥ وبداية المجتهد ٣٨٣/١ وفتح الباري ١٤٨/٦ والمغني ١٧٨/١٣ و١٨٠.

(٣) وقيل : يوم الخندق كما في المغني ١٨٠/١٣ وقيل : في الطائف كما في فتح الباري ١٤٨/٦ والراجح أن القصة واحدة، وأنها كانت في حنين، لذكر هيزيمة المسلمين في بعض رواياتها كما في نيل الأوطار ٢٤٧/٧.

(٤) أخرجه أحمد في المسند ٢٥٦/١ وأخرجه أبو داود مرسلاً عن عكرمة كما في فتح الباري ١٤٨/٦ وأخرجه ابن أبي شيبة مرسلاً عن عبدالرحمن بن يحيى الأنصاري، وأخرجه الطبراني موصولاً، وفيه حجاج بن أرطأة كما في نيل الأوطار ٢٤٧/٧ وذكره في المغني ١٨٠/١٣ عن ابن عباس، وحجاج بن أرطأة صدوق، كثير الخطأ والتدليس كما في تقريب التهذيب ص١٥٢.

(٥) المغني ١٨٠/١٣ وفتح الباري ١٤٨/٦ ونيل الأوطار ٢٤٧/٧ والبحر الزخار ٣٩٧/٦ .

رضي الله عنه) على جيش أوطاس، فلقي دُرَيْد بن الصِّمَّة، وكان قد نيف على المائة، وقد أحضروه ليدبر لهم الحرب، فقتله أبو عامر، ولم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك[1] ، وفي روايات أخرى : أن دريداً كان قد كُفَّ بصره، وكان ذا رأي في الحرب، وأشار عليهم برأيه فخالفوه، فقال فيهم :

أمرتهم أمري بمنعرج اللِّوى فلم يستبينوا الرشد إلا ضحى الغد

فلما عَصَوْني كنتُ منهم وقد أرى غوايتَهم وأنني غير مهتد[2]

ووجه الدلالة : سكوت النبي صلى الله عليه وسلم عن تقل دريد الشيخ الفاني، وعدم إنكاره ذلك، لعلمه بمشاركة دريد قومه الرأي والتدبير في الحرب ضد المسلمين[3] ، لأن الرأي من أعظم المؤنة في الحرب، وربَّما كان أبلغ من القتال[4] .

الدليل الخامس : حديث " « قتل النبي صلى الله عليه وسلم يوم قريظة امرأة ألقت رحى على محمود بن مسلمة»[5] . ووجه الدلالة : أن المرأة باشرت القتل في الحرب فصارت مقاتلة، فقتلها النبي صلى الله عليه وسلم لذلك [6] .

استدراك على الاحتجاج بقصةٍ في يوم قريظة : استدل الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي لجواز قتل المدنيين إذا حاربوا، بقصة قتل النبي صلى الله عليه وسلم الزبير

(١) خبر قتل دريد رواه البخاري، انظر : فتح الباري ٤١/٨ وانظر نيل الأوطار ٢٤٨/٧ والقصة مفصلة في سنن البيهقي ٩١/٩-٩٢.

(٢) السيرة النبوة ٩٥/٤ والبداية والنهاية ٣٣٧/٤.

(٣) المبسوط ٢٩/٩ والمغني ١٧٩/١٣ ونيل الأوطار ٢٤٨/٧.

(٤) مطالب أولي النهى ٥١٨/٢.

(٥) المغازي للواقدي ٦٤٥/٢ و ٦٥٨ والإصابة ٣٨٧/٣ وفيهما : أن الحادثة كانت يوم خيبر لايوم بني قريظة، وأن الذي ألقى الحجر على محمود هو مرحب، أما الذي قتلته المرأة يوم قريظة فهو خلاد بن سويد، وانظر : السيرة النبوة ٢٥٣/٣ .

(٦) المغني ١٧٩/١٣ وفيه وردت هذه القصة بهذه الرواية.

بن باطا، وكان رجلاً أعمى من يهود بني قريظة، وذلك لمظاهرته قريشاً على المسلمين يوم الأحزاب، ونقضه وقومه العهدمع النبي صلى الله عليه وسلم [1] .

لكن البيهقي وابن القيم ذكرا : أن الصحابي ثابت بن قيس رضي الله عنه، استوهب النبي صلى الله عليه وسلم الزبير بن باطا وأهله وماله، فوهبهم له، فقال له ثابت : قد وهبك رسول الله صلى الله عليه وسلم إليّ، ووهب لي مالك وأهلك ، فهم لك، فقال الزبير : سأتلك بيدي عندك ياثابت، إلا ألحقتني بالأحبة، فضرب عنقه، وألحقه بالأحبة من اليهود[2] . وهكذا فالقصة -بحسب رواية البيهقي وابن القيم- لاتصلح -في ظني - حجة لما ذكره الأستاذ الدكتور الزحيلي.

الدليل السادس : يصلح حجة لما نحن بصدده، ولم أجد من ذكره من الفقهاء، وهو حديث : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء والولدان، إلا من عدا منهم بالسيف »[3] .

ووجه الدلالة : أن الحديث يدل بوضوح على جواز قتل « المدنيين » حال حملهم السلاح لقتال المسلمين.

الدليل السابع : الإجماع : قال ابن قدامة : ومن قاتل من النساء أو الصبيان أو الشيوخ أو الرهبان أو الزمنى أو العبيد أو الأجراء أو الفلاحين.. قتلوا، لانعلم

---

(١) آثار الحرب للدكتور وهبة الزحيلي ص٤٩٧ الطبعة الثالثة بدمشق بدون تاريخ.

(٢) السنن الكبرى ٦٦/٩ وزاد المعاد ٧٤/٢.

(٣) أخرجه عبدالرزاق في المصنف ٢٠٢/٥ وسعيد بن منصور في السنن ٢٣٩/٢ عن الضحّاك بن مزاحم، والحديث مرسل كما هو واضح، والضحاك صدوق كما في تقريب التهذيب ص٢٨٠ والمرسل حجة عند بعض العلماء منهم : أبو حنيفة ومالك وأحمد والثوري والأوزاعي كما في قواعد التحديث ص١٠٥.

فيه خلافاً [1] . وبنحو هذا قال ابن رشد وابن جزي والنووي [2] .

وذكر ابن القيم : أن المسلمين أجمعوا على أن حكم الردء حكم المباشر؛ لأن المباشر إنما باشر الإفساد بقوة الباقين، ولولاهم ماوصل إلى ماوصل إليه، وهذا هو الصواب الذي لاشك فيه[3] .

وظاهر كلام ابن القيم : أن « المدنيين» يقتلون بالإجماع، إن كانوا ردءاً في الحرب، ولو من حيث المعنى كالتحريض والدلالة والمشورة والمال؛ لأن الحرب كما تكون بالأفراد والسلاح، تكون بغيرهما ، وهذا واضح في النصوص الفقهية التي سبق ذكرها .

الدليل الثامن : المعقول، وبيانه : أن الإسلام شرع قتل المقاتلين الحربيين لدفع ضررهم وردّ شرهم وإزالة مفسدتهم[4] ، ولما زايل المدنيُّون الحالة التي نُهينا عن قتلهم فيها ، صاروا مقاتلين[5] ، فيُفعل بهم كما يُفعل بغيرهم ممّن أمرنا بقتالهم[6] .

الدليل التاسع : قولُ الصحابة والتابعين وفعلُهم، فقد قال الحسن البصري: «كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقتلون من النساء والصبيان ما أعان

---

(١) المغني ١٣/١٧٨-١٨٠.
(٢) بداية المجتهد ١/٣٨٣ والقوانين الفقهية ص٩٨ وشرح صحيح مسلم ١٢/٤٨.
(٣) زاد المعاد ٢/١٦٩.
(٤) اللباب ٤/١١٩-١٢٠ وجواهر الإكليل ١/٢٥٣ والأم ٤/٢٤٠.
(٥) فتح القدير ٥/٢٠٢-٢٠٣ وحاشية الدسوقي ٢/١٧٦ والأم ٤/٢٤٠ والإنصاف ٤/١٢٨.
(٦) بداية المجتهد ١/٣٨٣ و٣٨٥.

عليهم»[1] . وفي رواية أخرى له: «إذا خرجت المرأة من المشركين تُقاتل فلتُقتل»[2] .

هذا، وإذا كان الحكم كذلك في النساء والصبيان، مع مالهم من خصوصية في أحكام الجهاد، فغيرهم من « المدنيين» أولى بالقتل حال قتالهم ضد المسلمين.

وهكذا يتضح مما سبق : أن قتل « المدنيين» حال اشتراكهم في الحرب جائز في الإسلام، سواء أكان اشتراكهم حسًّا أم معنى، بالفعل أو بالقول، أو بالتحريض أو بالتدبير والمشورة والرأي، أو بالإمداد بالسلاح والمال، أو بمعالجة الجرحى المقاتلين، ليعودوا إلى ساحات الحرب، أو بتقديم الغذاء والماء والمعلومات للمقاتلين، أو تقوية روحهم المعنوية ولو عبر وسائل الإعلام والدفاع المدني -بأسلوب مموّه خفي- وهم في هذه الصور ونحوها ردء للمقاتلين الأصليين، ويأخذون حكمهم في جواز قتلهم، وذلك لدفع شرورهم وإذاياتهم.

هذا، ولابد من القول : بأن تقدير مدى خطورة ماتقدم يرجع إلى ولي الأمر أو نائبه في ساحة الحرب، فهو الذي يقدر ذلك، ويقرر مايناسبه من الأحكام والتصرفات العملية؛ لأن كثيراً من أحكام الجهاد تحكمه قواعد ومبادئ السياسة الشرعية، التي تهدف إلى تحقيق مصلحة المسلمين ودرء المفسدة عنهم، كما هو مقرر في مواضعه[3] .

هذا، وتلتقي الاجتهادات الدولية المعاصرة-إجمالاً- مع ماسبق بيانه في الفقه

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٤٨٥/٦ عن علي بن هاشم عن إسماعيل (ابن أبي خالد) عن الحسن البصري، والخبر موقوف عليه، أما علي وإسماعيل فثقتان كما في تقريب التهذيب ص١٠٧و٤٠٦.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٤٨٥/٦ عن يزيد (بن زريع البصري) عن هشام (بن حسان الأزدي) عن الحسن البصري من كلامه، ويزيد وهشام ثقتان كما في تقريب التهذيب ص٥٧٢و٦٠١.

(٣) فتح القدير ٢٠٣/٥ والمحلى ٢٩٦/٧ والأحكام السلطانية للماوردي ص٤٢، ولايمنع ماتقدم من القول : بأن لولي الأمر المسلم توقيع اتفاقيات تستثني بعض الأصناف كالأطباء والممرضين ورجال البريد ونحوهم من كونهم من المدنيين المقاتلين، وذلك من باب السياسة الشرعية التي لاتخرج على القواعد الشرعية الثابتة، معاملة بالمثل.

الإسلامي، وقد لا تتفق معه في بعض الصور والحالات[1] ، كعدم اعتبارها رجال البريد والصيادلة والأطباء والقائمين على الإمدادات الغذائية والطبية-والذين يمارسون نشاطات ذات صبغة غير حربية- من المحاربين ٠

هذا، ويلاحظ أن كثيراً مما جرى ويجري في الساحة الدولية الحديثة- تحت سمع وبصر الهيئات الأمميَّة- تشيب لهوله الولدان، وذلك لما يتصف به من فظاعة، تفزع لها المشاعر الإنسانية!٠ وليست بلاد الشيشان والبوسنة وفلسطين المحتلة وجنوبي لبنان وغيرها، بعيدة عن هذا٠

المبحث الثالث
بيان حكم الشرع فيمن قتل مدنياً يشارك في القتال

من خلال الأدلة والأحكام السابق بيانها، يمكن القول : إن عامة الفقهاء لايرتِّبون أي مسؤولية على المقاتل المسلم، في حال قتله مدنياً شارك في الحرب ضد المسلمين فهو ليس عليه إثم ولا كفارة ولادية ولامساءلة جزائية؛ لأنه فعل المأمور به شرعاً في قول الله تعالى : ﴿وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلوكم﴾[2] ، بل هو مأجور -بحسب نيَّته- في ذلك ، لقيامه بفرض الجهاد، ودفاعه عن مجتمع المسلمين٠

هذا، ومن المقرر في الفقه الإسلامي: أن دم الحربي هدر، لايتقوم إلا بالإسلام أو الأمان[3] ، ولم يوجد واحد منهما في « المدني» حال اشتراكه في الحرب ضد المسلمين، لذلك لم يترتَّب على قاتله شيء٠

(١) الحقوق الدولية العامة (مرجع سابق) ص٤٤٦و٤٥٢٠

(٢) سورة البقرة ١٩٠٠

(٣) فتح القدير ١٩٦/٥ والشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٧٧/٢ والأم ٢٣٩/٤و٢٤٣-٢٤٤ والمغني ٥٦/١٢ والبحر الزخار ٤٠٧/٦٠

الخاتمة

بيان أهم معالم ونتائج هذا البحث

يجدر تلخيص هذا البحث في النقاط التالية :

أولاً : للفقهاء اتجاهات رئيسان في تحديد المراد بغير المقاتلة من أفراد العدو، الذين يطلق عليهم حديثاً مصطلح « المدنيين »·فالاتجاه الأول : يحصرهم بالنساء والصبيان والرسل، والاتجاه الثاني : يراهم في كل من لايتأتَّى منه القتال، لاعتبارات بدنية أو عرفية، وهذا ماتلتقي به-إجمالاً- الاجتهادات الدولية المعاصرة·

ثانياً : اتفق الفقهاء على منع قتل المدنيين، إذا لم يشتركوا في الحرب مطلقاً – مع مراعاة مفهوم المدنيين، في ضوء الاتجاهين الفقهيين السابقين- وذلك لأدلة وردت في هذا الشأن·

ثالثاً : اتفق الفقهاء على جواز قتل المدنيين حال اشتراكهم -مطلقاً- في محاربة المسلمين، بأي صور من الصور : الحقيقية أو الحكمية، سواء أكانوا مختلطين بالمقاتلين الأصليين، أم غير مختلطين بهم، وذلك لما ثبت -في هذا الشأن- من أدلة ومن وقائع عملية عن النبي صلى الله عليه وسلم، وهذا موضع إجماع الفقهاء، ويؤيده المعقول، وبه تلتقي -في بعض الصور- الاجتهادات الدولية المعاصرة·

رابعاً : ليس على المقاتل المسالم إثم ولاكفارة ولادية ولامسؤولية من أي نوع ، لقتله مدنياً حال اشتراكه في الحرب ضد المسلمين، بل هو مأجور في هذا؛ لقيامه بشعيرة الجهاد، وهو مايقرره عامة الفقهاء ·

فهرس المصادر والمراجع

كتب التفسير :

١- أحكام القرآن، للجصان -طبع اسطنبول ١٣٢٥هـ٠

٢- أحكام القرآن، لابن العربي -ط٢ لعيسى البابي بمصر ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م٠

٣- التحرير والتنوير، لابن عاشور- طبع الدار التونسية للنشر ١٩٨٤م٠

٤- الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي) ط١ لدار الكتب المصرية بالقاهر ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م٠

٥- زاد المسير في علم التفسير، لابن الجوزي- ط٤ للمكتب الإسلامي ببيروت ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م٠

كتب الحديث وعلومه :

١- بلوغ الأماني من أسرار الفتح الرباني، لأحمد عبدالرحمن البنا-ط٣ لدار العلم بجدة ١٤٠٤هـ٠

٢- تقريب التهذيب، لابن حجر- ط٣ لدار القلم ببيروت ١٤١١هـ - ١٩٩١م٠

٤- سنن البيهقي،ط١ بحيدر آباد الدكن بالهند ١٣٥٦هـ٠

٥- سنن سعيد بن منصور، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي- ط١ لدار الكتب العلمية ببروت ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م٠

٦- شرح صحيح مسلم للنووي (المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج) دار الفكر ببيروت د٠ت ٠

٧- عون المعبود على سنن أبي داود، لشمس الحق آبادي، تحقيق عبدالرحمن

عثمان- طبع دار الكتاب العربي ببيروت د.ت.

٨- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لابن حجر- المطبعة السلفية بمصر د.ت.

٩- قواعد التحديث في فنون مصطلح الحديث، لمحمد جمال الدين القاسمي- ط١ لدار النفائس ببيروت ١٤٠٧هـ ١٩٨٧م.

١٠-اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان، لمحمد فؤاد عبدالباقي- طبع عيسى البابي الحلبي بمصر ١٣٦٨هـ- ١٩٤٩م.

١١- مسند أحمد بن حنبل (بهامشه منتخب كنز العمال للهندي) ط١ بيروت ١٣٨٩هـ- ١٩٦٩م.

١٢- مصنف ابن أبي شيبة، تحقيق كمال الحوت- ط١ لدار التاج ببيروت ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.

١٣- مصنف عبد الرزاق، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي -ط١ ببيروت ١٣٩٢هـ- ١٩٧٢م.

١٤- نصب الراية لأحاديث الهداية، للزيلعي- ط١ بالهند ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م.

١٥- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، للشوكاني- طبع دار القلم ببيروت د.ت.

كتب الفقه :

١- أسنى المطالب شرح روض الطالب، للأنصاري - نشر المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض يحيى د.ت.

٢- الإقناع، للحجاوي - طبع مصطفى محمد بمصر د٠ت٠

٣- الأم، للشافعي، طبع دار المعرفة ببيروت د٠ت٠

٤- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي، تحقيق محمد حامد الفقي-ط١ بمصر ١٣٧٥هـ/١٩٥٦م٠

٥- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، للمرتضى-ط٢ لمؤسسة الرسالة ببيروت ١٣٩٤هـ/١٩٧٥م٠

٦- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني- دار ا لكتب العلمية ببيروت د٠ت٠

٧- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد، ط٩ لدار المعرفة ببيروت ١٤٠٩هـ/١٩٨٨م٠

٨- جواهر الإكليل في شرح مختصر خليل، للآبي -ط١ لمكتبة الثقافية ببيروت د٠ت٠

٩- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للدسوقي- طبع مصطفى محمد بمصر ١٣٥٥هـ/١٩٣٦م٠

١٠- حاشية القليوبي على شرح المحلي لمنهاج الطالبين، للقليوبي- طبع دار الفكر بيروت د٠ت٠

١١- الدر المختار شرح تنوير الأبصار، للحصفكي- طبع دار الكتب العلمية بيروت د٠ت٠

١٢- رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين- مطبوع مع الدر المختار، فانظره فيه٠

١٣- الشرح الكبير لمختصر خليل، للدردير- مطبوع بهامش حاشية الدسوقي،

فانظره هناك.

١٤- شرح المحلى على منهاج الطالبين (كنز الراغبين) مطبوع مع حاشية القليوبي، فانظره هناك.

١٥- فتح القدير شرح الهداية ، لابن الهمام - طبع دار إحياء التراث العربي بيروت د.ت.

١٦- القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، لابن جزيّ- طبع دار القلم بيروت د.ت.

١٧- اللباب في شرح الكتاب، للميداني - تحقيق محمد محي الدين عبدالحميد- طبع دار الكتاب العربي ببيروت د.ت.

١٨- المبسوط، للسرخسي- ط٢ لدار المعرفة ببيروت د.ت.

١٩- مجموع فتاوي ابن تيمية، جمع وترتيب عبدالرحمن بن قاسم- طبع الرياض ١٤١٢هـ/١٩٩١م.

٢٠- المحلى، لابن حزم، تحقيق أحمد شاكر- طبع دار التراث بمصر د.ت.

٢١- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، للرحيباني- طبع المكتب الإسلامي بدمشق د.ت.

٢٢- المغني في الفقه، لابن قدامة، تحقيق د. التركي وزميله- ط٢ بالقاهرة ١٤١٣هـ/ ١٩٩٢م.

٢٣- منح الجليل على مختصر خليل، لعليش- غير مذكور مكان وزمان الطبع.

٢٤- منهاج الطالبين للنووي- مطبوع مع شرحه للمحلي، فانظره هناك.

كتب الأحكام السلطانية والسيَر:

١- الأحكام السلطانية والولايات الدينية، للماوردي - ط٣ لمصطفى البابي بمصر ١٣٩٣هـ/ ١٩٧٣م٠

٢- شرح السيَر الكبير، للسرخسي، تحقيق د٠ المنجّد- طبع مصر ١٩٥٧م٠

كتب السيرة والتاريخ والتراجم واللغة :

١- الإصابة في تمييز الصحابة، لابن حجر (بهامشه الاستيعاب) ط١ لمطبعة السعادة بمصر ١٣٢٨هـ٠

٢- البداية والنهاية، لابن كثير- ط٢ لمكتبة المعارف ببيروت ١٩٨٠م٠

٣- زاد المعاد في هدي خير العباد، لابن القيم - طبع دار الفكر ببيروت د٠ت٠

٤- الصحاح (تاج اللغة وصحاح اللغة العربية) للجوهري، تحقيق أحمد عبد الغفور العطار- ط٢ لدار العلم للملايين ببيروت ١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م٠

٥- السيرة النبوية، لابن هشام، تحقيق السقا وزميليه- طبع دار إحياء التراث العربي ببيروت د٠ت٠

٦- المغازي، للواقدي- طبع مكتبة عالم الكتب ببيروت د٠ت٠

كتب أخرى عصرية :

١- آثار الحرب، للدكتور وهبة الزحيلي- ط٣ لدار الفكر بدمشق د٠ت٠

٢- تاريخ أوربا في العصر الحديث، للدكتور فِشَر، تعريب : أحمد نجيب هاشم وزميليه- ط٥ لدار المعارف بمصر د٠ت٠

٣- الحقوق الدولية العامة، للدكتور فؤاد شباط - طبع جامعة دمشق ١٣٧٥هـ/

١٩٥٦م.

٤- القانون الدولي العام في السلم والحرب، للدكتور الشافعي محمد البشير- طبع القاهرة ١٩٧٤م.

□□□

concept of civilians in relation with above two jurisprudential opinions.

In return, jurisprudents have approved the kiling of civilians participating generally in fighting against Muslims, and in any form, either factual or arbitratory, fighting jointly with warriors or independently, based on prved evidences in this respect of practical actions by the Prophet Mohammed (Peace Be Upon Him). This unanimously agreed by jurisprudents, supported by rational, and coincides with -in some forms- contemporary international interpretations.

In conclusion, the Muslim warrior commits no sin, nor becomes lible for atone, blood money or any kind of responsibility for killing a civilian participating in the war against Muslims. On the contrary, he is rewarded in this for applying the rite of Jihad, as established by the community of jurisprudents.



Abstract

Status on Killing of Civil Fighters Participating In Fighting Against Muslims

By

Dr. Hassan Abdul Ghani Abu Ghuddah
Asst. Professor, Islamic Studies Dept of Faculty of Education, King saud University, Riyadh

This research takles one of the subjects known nowadays as "Public International Law" or "Internationl Relations Jurisprudence".

It is aimed by this to define Islam provisions related to kiling of enemy civlians if they participate in war against Muslims, in addition to consequent religious, civil or penal libility upon the killer of civilians.

It explains that jurisprudents have two main opinions in defining the term " non-fighter enemy members" who are defined nowadays as " civilians". The first opinion defines them as Women, children and messengers. The second opinion defines them as "anyone whe does not fight due to physical or traditional considerations", which is totally accepted by contemporary international interpretations.

It further indicates that jurisprudents agree on forbidding the killing of civilians who do not participate in the war at all, based in reported evidences in this regard, taking in consideration the

بسم الله الرحمن الرحيم

المدعى عليه
وظاهرة البطء في التقاضي

إعداد

الدكتور/ أحمد صدقي محمود *

* مدرس قانون المرافعات بكلية الحقوق - جامعة طنطا - معار لكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة.

تمهيد :

لا يكفي النص سواء في الدستور أو في القانون على حق الشخص في اللجوء إلى القضاء في الوقت الذي يلائمه، بل لا بد أن يشعر المتقاضي بأن العدل مطلب سهل المنال، ولا يكون ذلك كذلك، إلا بوصول الحق إلى صاحبه في أقرب وقت وبأقل النفقات.

ولكن مما يؤسف له -في مصرنا الحبيبة- أن المنازعات خاصة المدنية منها، تتداول أمام المحاكم لعدة سنوات قد تطول إلى ما بعد انتهاء عمر رافع الدعوى، الأمر الذي دفع الأفراد إلي التفكير باتباع طرق أخرى غير طريق القضاء مفضلين تسوية يتنازلون فيها عن بعض حقوقهم على الالتجاء إلى المحاكم[1]. فليس من العدل في شيء أن نمنع الأفراد من اقتضاء حقوقهم بأنفسهم ونلزمهم باللجوء إلى قضاء الدولة ثم نصليهم بنار الإجراءات المعقدة والنفقات الباهظة والتطويل الممل[2]، بحيث أصبح من المألوف بين الناس قولهم أن مصالحة بغبن خير من قضية رابحة[3].

(١) أ.د. فتحي والي، قانون المرافعات في مائة عام، مجلة القانون والاقتصاد ١٩٧٣، س٤٣، ص٤٢٤.

(٢) أ.د. نبيل اسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات ١٩٨٨ بند ٥٥، ص٦٩.

(٣) إذ رسخ في أذهان الناس أن التصالح على ربع الحق خير من التقاضي عليه كله. د. عبد الوهاب العشماوي، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية ١٩٨٥، الطبعة الأولى بند ٢ ص١٠. ولا شك في أن الصلح سيد الأحكام، فبه يحسم النزاع بين المتخاصمين فتعود لهما المحبة والمودة بعد عداء، ويحثنا تبارك وتعالى على الصلح في قوله:﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾، سورة الحجرات الآية ١٠.

والراغب في الصلح يؤجر لقوله تعالى: "فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ"، سورة الشورى الآية ٤٠. ومن لم يقبل الصلح من الخصمين في هذا الزمان -خاصة في المنازعات المدنية- يندم أشد الندم، يستوي إن كان هو المدعي بالحق أو المدعى عليه بهذا الحق، فإذا كان هو الأول فإنه لا يحصل على حقه إلا بعد مشقة تبدأ برفع الدعوى وتنتهي بحصوله على حكم قابل للتنفيذ الجبري، فلو حاسب من له الحق نفسه عند ذلك لوجد أن حقه الذي =

نعم إن تحقيق العدالة على هذا النحو صار في حاجة إلى عدالة السماء لتنصفه وتعيد له هيبته، لأن القضاء لا يحسم المنازعات -في أغلب الأحوال- كما ينبغي أن يكون، وإنما يطيل من أمدها على نحو أصبح غير مقبول للجميع.

ولا ريب أن لهذا البطء أسباباً متعددة، سوف نتعرض لها بإيجاز، ثم نقصر الدراسة على واحدٍ منها وهو دور المدعى عليه في إنماء ظاهرة البطء في التقاضي.

أسباب ظاهرة البطء في التقاضي:

من وجهة نظرنا فإن ظاهرة البطء في التقاضي لها أسباب ثلاثة، أولها يتعلق بالمشرع، وثانيها يتعلق بالقاضي وأعوانه، وآخرها يتعلق بالخصوم.

المشرع وظاهرة البطء في التقاضي:

لم يحرص المشرع على إجراء تغيير شامل في قانون المرافعات على نحو يجعله متواكباً مع متغيرات العصر الحاضر، حيث تكاثرت المنازعات وازدادت تعقيداً واختلف الناس عما كانوا عليه من فطرة سليمة وازدادوا رياءً ومكراً وباتت تظهر صور مختلفة من الالتجاء إلى الحيل القانونية، والمراوغة ومحاولة طمس الحقيقة، وحل اللدد في الخصومة محل السماحة والتسليم بما هو حق وعدل، وإزاء ذلك كله ظهرت الحاجة إلى وضع قواعد جديدة تكفل ما يمكن أن يسمى بأمن الخصومة[1]؛ لأن

= توصل إليه في نهاية المطاف ضاع نصفه أو أكثر فضلاً عن تعطيل مصالحه نتيجة لجريه وراء القضية، وإذا كان هذا هو حال من له الحق أو المدعي فإن حال المدعى عليه أو من عليه الحق أسوأ، لأنه يكون قد نال من التعب أقصاه، وصرف من المال مثل خصمه أو يزيد، ثم ألزم بأداء ما عليه من التزام في نهاية المطاف علاوةً على مصاريف الدعوى.

(١) المستشار: عبد المنعم عبد العظيم جيرة، موضوعات علم القضاء والمرافعات في الفقه الإسلامي، مجلة المحاماة ١٩٩٤، س٧٣ ص٢٢٣.

قواعد المرافعات -بوضعها الحالي- لم تعد قادرة على منع المماطلة والمعاكسة والنكاية التي ينتج عنها التأجيل والتسويف[1].

نعم إن المشرع المصري لم يكن يقظاً[2]، ولا مبادراً إلى جعل القانون متوافقاً مع المتغيرات التي تحدث في المجتمع[3]، إذ غابت السياسة التي ترسم للعدالة طريقها، وتضع الخطوط الأساسية لمواجهة احتمالات المستقبل وتوقعاته، وتضع في اعتبارها تطوير وتجديد وسائل العمل في الجهاز القضائي والأخذ بما وصل إليه العلم من تقدم، فكان من الطبيعي إزاء ذلك أن أصبحت أجهزة العدالة قاصرة عن النهوض بأعبائها المتزايدة، وبرزت إلى الوجود مشكلة تأخر الفصل في المنازعات[4]. إن مشكلة التشريع في مصر ليست العجلة وإنما هي عدم الدراسة[5].

---

(١) د. عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية والنظام القضائي في مصر، ١٩٢١، بند ١٩، ص٧٣.

(٢) فلم يكن يقظاً لأنه تجاهل تحذير رجال القانون بكل انتماءاتهم من ضرورة علاج ظاهرة البطء في التقاضي والتي كدرت وبحق تحقيق العدالة، أ.د. نبيل إسماعيل عمر، قانون المرافعات المدنية والتجارية ١٩٩٤م، ص٦٥٨. راجع أيضاً توصيات مؤتمر العدالة الأول الذي عقد في ١٩٨٦، الكتاب الذهبي للمحاكم الأهلية ١٩٩٠، ص٢٠ وما بعدها.

(٣) وتتميز تلك المتغيرات بأنها جاءت واسعة النطاق، فشملت جميع نواحي الحياة، لذلك كان لا مناص من أن تحدث أثرها في التفكير القانوني، فمنطقي أن يسير الفكر الإنساني في طريق اكتشاف وسائل جديدة تتناسب مع تلك المتغيرات، والقصور عن ذلك فيه تضحية بمصالح كبيرة للجماعة، د. حامد زكي، التوفيق بين الواقع والقانون، مجلة القانون والاقتصاد ١٩٣١، س٢، ص٢٥١.

(٤) تقرير شعبة العدالة والتشريع بالمجلس القومي للخدمات والتنمية الاجتماعية بعنوان "الخطوط الأساسية للسياسة القضائية"، مجلة المحاماة ١٩٨٢، س٦٢، ص٧ وما بعدها.

(٥) أ.د. فتحي والي، المستحدث في قانون المرافعات وفقاً للقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢م، ص٨٢، عدد خاص صادر عن مركز الدراسات القانونية، كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٩٣.

القاضي ومعاونوه وظاهرة البطء في التقاضي :

وثاني أسباب البطء في التقاضي يرجع إلى القاضي وأعوانه، فإذا كان عمل القاضي يتسم بالحلم والأناة، وتقليب الأمور على وجوهها، وبحث الوقائع وتمحيص الأدلة بقصد تحقيق العدالة. إلا أن قلة عدد القضاة والمحاكم مع الزيادة المطردة في كم القضايا تحول دون تحقيق العدالة ولو أراد القضاة تحقيقها[(١)].

ومما يؤسف له أن وزارة العدل تعلن في كل مناسبة بأن ظاهرة البطء في التقاضي في طريقها للحل، فتارة تهيب برؤساء المحاكم الابتدائية على حث القضاة على سرعة الفصل في الدعاوى، بل لقد قيل بأن نسبة الفصل فيما يعرض على القاضي من الدعاوى ستكون محل اعتبار في الحركة القضائية[(٢)]. وتارة تطالب بمد سن المعاش لرجال القضاء إلى أربعة وستين عاماً بدلاً من ستين عاماً، ويكون لها ذلك[(٣)]. وتارة تقرر عقد جلسات إضافية للمحاكم مع اختصار الإجازة القضائية إلى شهر واحد

---

(١) لأن القضاة بتلال القضايا مثقلون، حيث لا يزيد عدد اعضاء الهيئات القضائية في مصر -وفقاً لتصريح وزير العدل- عن سبعة آلاف قاضي مكلفين بالفصل في ملايين القضايا المطروحة أمام المحاكم المدنية والجنائية والإدارية، ومما يؤسف له أن عدم التناسب بين عدد القضاة وبين كم القضايا المطروحة أمام المحاكم قد أحدث خللاً كبيراً وظل هذا الخلل يتسع عاماً بعد عام حتى وصلنا إلى ما نحن عليه الآن من بطء الفصل في المنازعات.

(٢) المستشار: أحمد جلال عبد الرزاق، نظرة حول مشكلة كثرة الدعاوى وبطء الفصل فيها، مجلة المحاماة ١٩٧٣ س٥٣ ص١٢.

(٣) حيث صدر القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ والمعمول به اعتباراً من الأول من اكتوبر١٩٩٣، وقد نصت المادة الأولى منه على أن " تستبدل عبارة أربعاً وستين سنة بعبارة ستين سنة في كل من المواد٦٩ من القانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية، ١٢٣ من القانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة، ٢٩ من القانون ٧٥ لسنة١٩٦٣ بشأن تنظيم قضايا الدولة، والمادة١ من القانون٨٨ لسنة ١٩٧٣ ببعض الأحكام الخاصة بأعضاء النيابة الإدارية ".

ومنح القضاة ميزة مالية متى فصلوا في أكبر عدد من القضايا[1].

---

(١) ولا شك في أن إعطاء القاضي ميزة مالية إذا فصل في أكبر عدد من القضايا سوف يكون على حساب إجادة العمل القضائي، أو بعبارة أخرى عدم إتقان صناعة العدالة، فليست العبرة بكم القضايا التي فُصل فيها وتقديم احصائية بالانجاز (تحت عنوان الأرقام لاتكذب) كما تطالعنا الصحف من وقت إلى آخر نقلاً عن وزارة العدل، ولكن ما يعنينا هو صحة الأحكام لا بالدعاوى التي تم انجازها. وحرصاً من وزارة العدل في القضاء على بطء إجراءات التقاضي أوفدت فريقاً إلى معهد دراسة وتطوير النظم القانونية بسان فرانسيسكو بالولايات المتحدة الأمريكية لدراسة أسباب تكدس القضايا وتأخر الفصل فيها والاستفادة في هذا الخصوص من الخبرة الأمريكية في مواجهة مشكلة البطء في التقاضي خاصة في المنازعات المدنية. وفي مرحلة تالية عقدت في مصر ندوة بعنوان (حل المنازعات المدنية بعيداً عن اجراءات المحاكم التقليدية) نظمتها وزارة العدل مع المركز الثقافي الأمريكي ومعهد دراسة وتطوير النظم القانونية الأمريكي، وقد انتهت هذه الندوة إلى إمكانية استحداث نظام النيابة المدنية بالمحاكم الابتدائية وإنشاء جهاز للوساطةالقضائية يشكل من القضاة المتقاعدين، وقد تحمست وزارة العدل لهذه التوصيات وأبدت استعداده ا لتطبيق نظام النيابة المدنية والوساطة القضائية لسرعة الفصل في المنازعات ومواجهة تزاحم القضايا أمام المحاكم. وفي الدفاع عن هذا النظام أعلن وزير العدل "أن نظام النيابة المدنية سوف يتيح الفرصة لرجال القضاء كي يتفرغوا لنظر الدعاوى وإصدار الأحكام القضائية فيها، أما نظام الوساطة القضائية فإنه يضم فئة مختارة من رجال القضاء الذين أحيلوا على التقاعد لاستثمار خبراتهم في البت في النزاعات بشكل سليم بما لا يترك ثغرات للطعن. وأمر عظيم أن ننفتح على غيرنا لنستفيد من تجاربهم في كيفية علاج ظاهرة البطء في التقاضي التي تفشت في نظامنا القضائي فأصبحت كالسرطان في الدم، ولكن مما يؤسف له أن هذه الندوة لم تتعرض من قريب أو بعيد إلى أهم سبب من أسباب ظاهرة البطء في التقاضي وهو قلة عدد القضاة والمحاكم في مواجهة الكم المتزايد من المنازعات المطروحة على المحاكم، ومن الغريب أن يسند إلى القضاة المتقاعدين دون سواهم مهمة الوساطة بين الخصوم لتسوية المنازعات، فهل هؤلاء القضاة في ظل القانون الذي جعل سن التقاعد بأربعة وستين عاماً يكونون قادرين على بذل المزيد من الجهد؟ لا أعتقد ذلك؛ لأن القاضي في مصر يكلف بما لا يطيق البشر. هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن نظام الصلح مقرر منذ زمن طويل في قانون المرافعات المصري (المادة ٦٤ منه) ولكن للأسف هذا النص معطل حتى الآن بسبب عدم صدور قرار رئيس الجمهورية الذي يبين الإجراءات التي تتبع أمام مجلس اصلح. وأخيراً فإن إنشاء نيابة مدنية من شأنه أن يعرقل سير الدعاوى لا يخفف العبء عن كاهل القضاة كما يقولون، والدليل على ذلك فشل نظام المفوضين في مجلس الدولة.

ولكن هل أدت هذه الاجراءات إلى الحد من ظاهرة البطء في التقاضي؟

الإجابة بالنفي طبعاً؛ لأن السبب الرئيسي في تأخير الفصل في المنازعات يرجع إلى النقص البالغ في عدد القضاة مقارنة بكم القضايا المطالبين بالفصل فيها، ولذلك ستظل ظاهرة البطء في التقاضي باقية راسخة في نظامنا القضائي ما دام ينظر إلى القاضي بأنه آلة تدار وتصدر الأحكام بين الناس دون مراعاة لحدود طاقته البشرية.

ولنا في هذا الخصوص أن نتساءل هل نسيت وزارة العدل أن في مصر العديد من كليات الحقوق والشريعة والقانون والتي تنتشر في ربوع الوطن؟ هل فاتها أن عدد الخريجين من هذه الكليات يزيد عن عشرة آلاف خريج كل عام، ألا تعلم بأن عدد المتقدمين منهم لشغل وظيفة معاوني النيابة العامة -وهي بداية السلم القضائي- يزيد عن ستة آلاف خريج، وهي تعلم جيداً أن المعينين منهم ينقص أو يزيد قليلاً عن مائتين وخمسين عضواً. ألم يكن من الأفضل مواجهة مشكلة البطء في التقاضي من خلال خطة قصيرة وطويلة المدى يتم في ضوئها تحديد الأعداد المطلوبة لحاجة الجهاز القضائي مع الأخذ في الاعتبار -عند التخطيط لاستكمال العجز القائم- أن عدد القضايا المطروحة على المحاكم في تزايد مستمر.

أما أعوان القاضي - خاصة الخبراء والمحضرون- فهؤلاء لهم الدور الفاعل في انماء ظاهرة البطء في التقاضي، وبعبارة أدق هم آفة العدل الكبرى؛ حيث فسدت ذمم أغلبهم؛ **فهذا خبير** يعد تقريره على هوى الخصم ووفق مشيئته، ولمَ لا يفعل

ذلك ما دام يقوم بعمله مستقلاً وبعيداً عن إشراف القضاء[1]. ونتيجة لذلك لوحظ في الواقع أن الكثير من الخبراء يغلون في المهمة التي يندبون لها، بل إن تقارير بعضهم تكون إلى الأحكام أقرب منها إلى التقارير[2]، الأمر الذي دفع الكثير من أصحاب القضايا إلى القول بأن الخبير فوق القاضي.

وذلك محضر يتعمد إعلان الأوراق القضائية في غير موطن المعلن إليه متواطئاً مع المعلن، أو يثبت وهو جالس في منزله أنه قد انتقل إلى موطن الشخص المراد إعلانه فلم يجده، أو وجده ولكنه رفض الاستلام ثم يقوم بعد ذلك بتسليم الإعلان إلى جهة الإدارة رغم أن الإعلان لم يتم حقيقة ... إلى غير ذلك من الأساليب الملتوية والتي يعرفها جيداً كل من يتصل بالمحاكم.

من ناحية أخرى فإن أغلب معاوني القضاة غير مؤهلين لما يقومون به من أعمال، زد على ذلك أن وسائل العمل بالمحاكم لا زالت بدائية؛ فمحاضر الجلسات تكتب كأن لم تكتشف بعد وسيلة الاختزال، ولا زالت الإعلانات وأوراق المحضرين تحرر باليد كأن لم تخترع بعد الآلات الكاتبة، وتشتمل على كثير من

---

(١) د. محمد مجدي مرجان، ثورة العدالة ١٩٩٤، ص٥٢.

(٢) إذ قال أحد الخبراء في نهاية تقريره: "وبناء على الأسباب المتقدمة أرى أن الدعوى لا أساس لها". وقال آخر: "أرى أن يرجع في أمر الملكية إلى حق الإرث دون وضع اليد". وقد انتهى أحد الخبراء في تقريره لحد القول بأن "الجراحة التي أجراها الطاعن (الطبيب) تمت وفقاً للأصول الطبية وإن ترك قطع من القطن في موضع الجرح وإن كان لا يعد من قبيل الخطأ المهني الجسيم إلا أنه يعتبر خطأ عادياً يسأل عنه الطاعن مدنياً"، نقض مدني جلسة ٢٧ يناير ١٩٧٦، مجموعة أحكام النقض س٢٧، ص٣٠٧. أليست هذه عبارات أقرب إلى حيثيات الأحكام منها إلى تقارير الخبراء، نعم لقد فهم الكثير من أصحاب القضايا ذلك ولهم الحق فيما ذهبوا إليه. للمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع راجع: المستشار زكي خير الابوتيجي، المماطلة في الخصومة وعلاجها، مجلة المحاماة، ١٩٣٥، س١٥، ص٣٤ وما بعدها.

الأخطاء[1]. وما زالت القضايا تحفظ في طرقات المحاكم بعد أن ضاقت بها المخازن بما يعرِّض أوراقها -في كثير من الأحيان- للعبث والتلف والحريق، فضلاً عن صعوبة تصنيفها والاهتداء إليها عند طلبها، ومما يؤسف له حقاً أن بعض المحاكم في مصر لا زالت تمارس عملها في شقق سكنية، بل إن محكمتنا العليا تعقد جلساتها أحياناً في قاعة المكتبة[2].

الخصوم وظاهرة البطء في التقاضي:

والسبب الأخير لظاهرة البطء في التقاضي يرجع إلى بعض الخصوم الذين استغلوا القوانين ووظفوها لخدمة مصالحهم الخاصة ولو تعارضت مع تحقيق العدالة في الخصومات المطروحة أمام القضاء. فإذا كان من المقرر أن حقا التقاضي والدفاع من الحقوق المباحة التي تثبت للكافة، فلا يسأل من يلجأ إلى القضاء متمسكاً بحق أو ذوداً عن حق إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلى اللدد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم[3]. وهكذا فإن إساءة استخدام الحق إما أن تكون من جانب المدعي وإما أن تكون من جانب المدعى عليه.

المدعي وظاهرة البطء في التقاضي:

لما كانت الدعوى قد شرعت -في الأصل- كأداة لحماية الحق، ومن ثم وجب أن تنصرف إلى هذا الغرض دون سواه. أما إذا استعان بها المدعي للكيد من خصمه

---

(١) أ.د. فتحي والي، قانون المرافعات المصري في مائة عام، مرجع سابق، س٤٣، ص٤٤٢.

(٢) المستشار: أحمد فتحي موسى، نحو سياسة قضائية رشيدة، مجلة المحاماة ١٩٨١ س٦١، ص٢٧.

(٣) نقض مدني، جلسة ٢٨ مارس ١٩٧٧، الطعن رقم ٤٣٨ لسنة ٤٣ ق، أشار إليه المستشار : سعيد أحمد شعله، قضاء النقض المدني في التعويض، ١٩٣١-١٩٩٤ ص٤٠٣.

قاصداً جره إلى ساحات المحاكم للتشهير به[1]؛ أو لإقحامه في مآزق مرهقة في مواقفها ومصاريفها، أو مضايقته والضغط عليه حتى يمل من المضي في الخصومة إلى النهاية[2]؛ عندئذٍ تكون الدعوى قد انحرفت إلى غاية غير غايتها، وتصبح عملاً تعسفياً ظالماً لا يقره الشرع[3] ولا القانون.

ويكون ذلك كذلك، متى قام المدعي برفع دعواه أمام المحكمة طبقاً للإجراءات التي نص عليها القانون، ولكنه لم يرد الوصول إلى الحق، بل استخدمها في ظاهرها للوقوف أمام خصمه موقفاً يؤيده القانون بإظهار أمر جائز ليتوصل به إلى أمر غير جائز يبطنه[4]. ومن أمثلة ذلك رفع عدة دعاوى لا أصل لها[5]، كما لو

(١) نقض فرنسي، جلسة ٧ مايو ١٩٢٤، مجلة المحاماة المصرية، س٧، رقم ٥٧، ص٨١.

(٢) د. عبد السلام ذهني، الحقوق في تفاعلها وتعارضها وأطوارها وضرورة التوازن فيها ١٩٤٥ بند ٢٩١ ص٣٨٤.

(٣) الشيخ: عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ١٩٦٣، س٥، ص٩٥ وما بعدها.

(٤) ولهذا يقال (طريق خداع) إذا كان مخالفاً لقصده المشروع، ويقال للسراب (الخيدع) لأنه يخدع من يراه ويغره وظاهره خلاف باطنه، ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين طبعة جديدة ١٩٦٨، الجزء الثالث، ص١٦٠.

(٥) وتطبيقاً لذلك حكم بأن "الخصم الذي يرفع على خصمه دعاوى عدة لا أصل لها بقصد مشاغبته يكون مسؤولاً عن تعويض جميع الأضرار المادية والأدبية التي تصيب خصمه بالغة ما بلغت"، نقض فرنسي جلسة٧ مايو ١٩٢٤، مذكور من قبل. وفي نفس الاتجاه قضت محكمة الاستئناف المختلطة "بأنه يستحق التعويض عن الدعوى الكيدية التي رفضت وحجز فيها تحت يد الغير بناء على شيك لا سبب له وترتب عليه بذل مجهود شاق للرد على أساليب دفاع الخصم الملتوية"، استئناف مختلط، جلسة ٢٦ فبراير ١٩٣٠، مجلة المحاماة س ١٠، ص٩١٨. كذلك قضت محكمة النقض الفرنسية:

"... condamne la dame Angot a 500.000 fr de dommages-intérêts, en constatant seulement l'absence réelle des créances litigieuses invoquées par elle, et le préjudice causé au défendeur par une saise-arrêt qui avait bloqué 3 millions pendant 4 ans" (Civ. 1o, 28 mars 1960, Gaz. pal. 28 juin 1960). =

طالب المدعي بدين سبق سداده[1]، أو لم يحل أجل الوفاء به، أو لم يستقر بعد[2]، أو إذا كان المدعي قد خسر دعوى مماثلة للدعوى المرفوعة وتبين للمحكمة أن الدعوى الأخيرة ما هي إلا تجديداً لنزاع سبق الفصل فيه[3]. كذلك يعتبر من قبيل الكيد والتعسف احتكام المدعي لذمة خصمه -بحجة أنها دليله الوحيد في الخصومة- لاعتقاده بأنه سيخسر الدعوى لا محالة فعمد

= وللمزيد من التفصيلات راجع : د. محمد شوقي السيد، التسعف في استعمال الحق١٩٧٩ ص٢٢٣ وما بعدها و ص٣٥٩ وما بعدها .وانظر أيضاً :

Morel (J.) : Les dommages-interéts en cas d'exercice alusif des actions en tustice. Thése. Paris, 1910.

Mignon (M) : les instances actives et passives et la théorie de l'abus du droit, D. 1949, Chronique, p.183.

(١) أ.د. عبد الباسط جميعي، الإساءة في التقاضي وفي التنفيذ، دروس ألقيت على طلبة الدكتوراة بكلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٨٠ ص٦.

(٢) وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة التجارية بالاسكندرية "أن الدعوى المرفوعة بإشهار إفلاس شخص نتيجة تسرع وبدون ترو بسبب توقف هذا الشخص عن دفع دين لم يستقر تكون إساءة لاستعمال حق الدعوى" المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية س٨ ص٨١.

(٣) د. ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص ١٩٧٤ ص١٣٩. وتطبيقاً لذلك حكم بأنه "متى كانت المحكمة قد استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية من ظروف الدعوى وقرائن الحال فيها أن دعاوى الاسترداد التي رفعت من الغير وقضى فيها جميعاً بالرفض كانت دعاوى كيدية أقيمت بإيعاز من الطاعن والتواطؤ معه إضراراً بالمطعون ضده. نقض مدني جلسة ٣ أبريل ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض س ٣ ص٩١٦. وقد منع الحنفية سماع الدعاوى الكيدية التي يقصد بها إلحاق الضرر بالمدعى عليه ولا تستند إلى حق صحيح، المادة ١٦٢٩ من مجلة الأحكام العدلية. كذلك لاتقبل الدعوى بما يكذبه العقل أو العادة، كما لو ادعى فقير على غني بأنه أقرضه مبلغاً كبيراً من المال لايعهد له بمثله. د. محمد مصطفى الزحيلي، أصول المحاكمات الشرعية والمدنية- الطبعة الرابعة - ١٩٩٢، ص١٢٥.

إلى اليمين الحاسمة لعلمه بأن خصمه لن يحلفها[1] لشدة ورعه وتدينه[2].

وقد يلجأ المدعي إلى المحكمة وهو حريص على مباغتة خصمه بحكم واجب النفاذ دون مرور على مراحل التقاضي التي سبقت صدور الحكم، كما لو تعمد إعلان المدعى عليه في عنوان لا صلة له به على الإطلاق، قاصداً من وراء ذلك عدم وصول الإعلان إليه[3]. ولم لا يقوم المدعي باتخاذ مثل هذا الإجراء الكيدي، ما دام نص المادة ١٤ من قانون المرافعات يقرر "الحكم بغرامة لا تقل عن خمسين جنيهاً ولا تجاوز مائتي جنيهاً على طالب الإعلان إذا تعمد ذكر موطن غير صحيح للمعلن إليه بقصد عدم وصول الإعلان إليه". وهكذا فإنه يكون باستطاعة المدعي -وفقاً لهذا النص- أن يلتوي بالإجراءات ولايضيره بعد ذلك دفع غرامة تافهة لاتزيد في جميع الأحوال عن مائتي جنيه، نعم مائتي جنيه لاغير ولو كانت قيمة الدعوى تقدر بالملايين فهل يعقل ذلك؟!

---

(١) استئناف مصر جلسة ١٧ يناير ١٩٢١ مجلة المحاماة س٢ ص٢٠. قنا جلسة ٧ ابريل ١٩٢٠، المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية ٢١ ص١٥٨. واستئناف أسيوط جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٣١ مجلة المحاماة س١٢ ص٥٥٥. ونقض مدني جلسة ٢٨ مارس ١٩٨٩ مجلة المحاماة ١٩٩١ س٧١ س١٣. وللقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها، لأن اليمين ليست موكولة لهوى الخصوم، ولا هي من شأنهم وحدهم، كما أن تقدير كيدية اليمين والتعسف في توجيهها مما يستقل به قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك متى أقام رأيه على أسباب سائغة، نقض مدني جلسة ١٣ فبراير ١٩٦٩ مجلة المحاماة ١٩٧١ س٥١ ص١٠٥.

(٢) د. عبد الرازق حسين يس، شرح قواعد اثبات المعاملات المدنية والتجارية وطرقه وفقاً لأحكام قانون الإثبات الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢، الطبعة الأولى ١٩٩٣ بند ١٥٣ ص٢٢٥.

(٣) وهو مايسمى في الحياة العملية بالإعلان الأمريكاني ومثاله: إعلان المدعى عليه في عنوان لا صلة له به على الإطلاق، وقد يتضح أن هذا العنوان "البعيد عن موطنه الحقيقي" هو عنوان أرض فضاء مثلاً ، أو تسخير بعض الأشخاص في استلام الإعلان نيابة عن المدعي، أ.د. عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص١٣.

إن المشرع من خلال هذا النص إنما يرشد أصحاب النفوس الضعيفة -وهم كثيرون في هذا الزمان- إلى تعمد ذكر موطن غير حقيقي للمعلن إليه طالما كانوا على استعداد لدفع هذه الغرامة التافهة.

وفي ضوء ما تقدم، فإننا نهيب بالمشرع المصري أن يكف عن تدليل الخصوم، ونكرر المطالبة باستحداث جريمة إهانة العدالة، والتي تخول للقاضي الحق في الحكم بعقوبة سالبة للحرية على الخصم الذي يثبت التواؤه بالإجراءات[1]، بالإضافة إلى رفع قيمة الغرامة إلى الحد الذي يدفع طالب الإعلان إلى ذكر الموطن الحقيقي للمعلن إليه[2].

المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي:

أما المدعى عليه -وهو موضوع بحثنا- فإن القانون يعطيه الحق في دفع ادعاء المدعي بكافة الوسائل التي يرى أنها تحقق مصالحه في الخصومة، غير أن هذا الحق ليس حقاً مطلقاً يستعمله كيف ومتى يشاء، بل هو حق مقيد في الاستعمال[3] ، بأن يكون لإحقاق الحق ودفع الدعاوى الباطلة لا لمجرد إلحاق الأذى بالمدعي. فإذا أساء

---

(١) راجع توصيات مؤتمر العدالة مذكور من قبل.

(٢) للمزيد من التفصيلات حول إساءة المدعي لحقه في رفع الدعوى راجع: أ.د. عزمي عبد الفتاح، نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدني، ١٩٨٦ ص٢٣٩ وما بعدها. د. إبراهيم أمين النفياوي، مسئولية الخصم عن الإجراءات، رسالة دكتوراه، الطبعة الأولى ١٩٩١. د. سيد أحمد محمود، الغش الإجرائي ١٩٩٥ ص١٥٢ وما بعدها. أ. صلاح الدين عبد الوهاب، الدعوى الكيدية مجلة المحاماة ١٩٥٤ س٣٤ ص٩٠٦ وما بعدها. د. عماد النجار، في تيسير إجراءات التقاضي، مجلة المقضاة ١٩٨٨ س٣ ص٨ وما بعدها. أ. أيوب مرقص، النصب بطريق الخصومة، مجلة المحاماة ١٩٣١ س١١ ص٥٧٧ وما بعدها.

(٣) Alain Fisselier, la défense en justice dans le proces civil, thése, Rennes 1979, n. 22p.22.

المدعى عليه استخدام هذا الحق، كما لو ساق دفاعه في الخصومة لا بهدف حماية حق يعتقد أنه له، بل قصد منه معاكسة المدعي وتطويل الإجراءات لتعطيل الفصل في الدعوى، هنا يخرج الحق عن دائرة الحماية وينقلب إلى مخبثة[1].

ولكن مما يؤسف له أن القانون المنظم لسير الخصومة "قانون المرافعات" هو الذي يدعم بل يكرس مركز المدعى عليه في إنماء ظاهرة البطء في التقاضي، حيث تفتح له الثغرات الجاثمة في هذا القانون الباب على مصراعيه للمماطلة والتسويف في إجراءات التقاضي، منذ بدء الدعوى وحتى صدور حكم فيها، إذ يستطيع المدعى عليه باسم القانون وبأدواته -تحت ستار حق الدفاع- الامتناع عن استلام الإعلان في موطنه حتى يتم إعادة إعلانه مرة أخرى كسباً للوقت ونكاية بخصمه[2] ، وله الحق في طلب تأجيل نظر الدعوى من خمس إلى عشر مرات على الأقل، يستوي إن كان تكرار طلب التأجيل لنفس السبب أو لأسباب مختلفة[3] ، ويكون للمدعى عليه الحق في طلب رد القاضي، فيجبر المحكمة على وقف السير في الخصومة الأصلية حتى يفصل في طلب الرد، فإذا ما تحقق له الهدف من هذا الطلب -وهو عرقلة سير الخصومة- سارع بالتنازل عنه في الجلسة الأولى لنظر دعوى الرد فيعفى من الغرامة وفقاً للقانون[4] ، وقد يوغل المدعى عليه في الكيد لخصمه فيطعن بالتزوير في مستند يثق في صحته[5] إلى غير ذلك من الأسباب العديدة ...

---

(١) راجع: نقض مدني جلسة ٩ نوفمبر ١٩٣٣، مجلة المحاماة س١٤ ص٩٣.

(٢) المادتان ١١، ٨٤ من قانون المرافعات.

(٣) المواد ٦٥، ٩٧، ٩٨ من قانون المرافعات.

(٤) المواد ١٤٨، ١٥٩، ١٦٢ من قانون المرافعات.

(٥) المادتان ٤٩، ٥٦ من قانون الاثبات.

وتحت هذه البنود ستنقضي عدة أعوام قضائية لتنتقل الخصومة المطروحة أمام القضاء من عام قضائي إلى عام آخر، ومن دائرة جديدة إلى دوائر أخرى. وهكذا، يكون المدعى عليه قد استغل نصوص القانون ووظفها لتعطيل الفصل في الدعوى، لأن أوجه الدفاع التي يسوقها أثناء سير الخصومة كثيراً ما تكون غير جادة؛ بل وكثيراً ما لا يقصد بها سوى الكيد بخصمه والتنكيل به باستعمال أساليب المطل والعناد لمضايقته بنية إبطال الدعوى[1].

نعم لقد أصبحت العدالة عرجاء بسبب بطئها الشديد في الوصول بالحق لصاحبه، ولو استمر الحال على ما هو عليه الآن لتحولت العدالة من عرجاء إلى كسيحة بل ربما تقف كليةً عن الحركة، لأن الحق الذي يأتي بعد أوانه لهو إلى الظلم أدنى وبه أشبه، بل ربما كان هو والعدم سواء، فليس عدلاً ذلك الذي يرهق كاهل المستجير به، المتطلع إليه، وهذا يدعونا إلى القول بأن العدالة في محنة والحل السريع واجب حتمي.

والخطة التي نعتمد عليها في هذا البحث هي طرح أهم صور إساءة المدعى عليه لحقه في الدفاع أمام محكمة أول درجة منذ إعلانه بصحيفة الدعوى وحتى صدور حكم فيها، واضعين أمام المشرع خلال هذه الدراسة مجموعة من الاقتراحات التي أرجو الله العلي القدير أن تساهم، مع جهود من سبقوني، في التصدي لظاهرة البطء في التقاضي والتي ألحقت فادح الضرر بمصلحة الملايين من جمهور المتقاضين من أبناء الشعب المصري. وسوف نقصر هذه الدراسة على أربعة مباحث:

(١) نقض مدني جلسة ٨ يونيه ١٩٣١، مجلة المحاماة س١٢ ص٣٢٢.

المبحث الأول: إساءة استعمال المدعى عليه لحقه في العلم بالاجراءات.

المبحث الثاني: إساءة استعمال المدعى عليه لحقه في طلب التأجيل.

المبحث الثالث: إساءة استعمال المدعى عليه لحقه في طلب رد القاضي.

المبحث الرابع: إساءة استعمال المدعى عليه لحقه في الطعن بالتزوير.

المبحث الأول
إساءة استعمال المدعى عليه لحقه في العلم بالإجراءات

تمهيد:

حرصاً على احترام حق الدفاع، وتأكيداً لمبدأ المواجهة بين الخصوم، فقد نظم المشرع كيفية إعلان الأوراق القضائية. والإعلان القضائي هو الوسيلة الرئيسية التي رسمها قانون المرافعات لتمكين المعلن إليه من العلم بإجراء معين، كي يعد دفاعه ومستنداته لمجابهة خصمه في ضوء ما ورد في هذا الإعلان.

ويتنوع علم المراد إعلانه إلى عدة أنواع؛ فقد يكون علماً يقينياً كما إذا سلمت الورقة المعلنة لشخص المعلن إليه، أو علماً مفترضاً كما لو سلمت الورقة لغير المراد إعلانه في موطنه، أو علماً حكمياً كما إذا سلمت للنيابة العامة في حالة الجهل بموطن المراد إعلانه[1].

ويتم الإعلان بتسليمه -على يد محضر- لشخص المعلن إليه أو من يحدده القانون بدلاً عنه[2]. وفي ذلك تنص المادة العاشرة من قانون المرافعات على أن "تسلم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو في موطنه ويجوز

---

(١) أ.د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات ١٩٨٧، الطبعة الخامسة ص١٣٥.

(٢) أ.د. وجدي راغب، مبادىء القضاء المدني ١٩٨٧ ص٣٢٩. وقد عبرت محكمة النقض عن ذلك فقالت "إن إعلان الأوراق القضائية يكون بالطريق الذي رسمه القانون، أي بورقة من أوراق المحضرين تسلم لمن يراد اعلانه أو لمن يستطيع الاستلام نيابة عنه، ولا يجزي عن ذلك اطلاع من يراد اعلانه على الحكم أو علمه به ... نقض جلسة ١٩٥٢/٤/٢٤ الطعن رقم ٧٨ لسنة ٢٠ ق ورد في الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض. حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني، ١٩٨٢ الجزء الثاني ص١١١٦.

تسليمها في الموطن المختار في الأحوال التي يبينها القانون. وإذا لم يجد المحضر الشخص المطلوب إعلانه في موطنه كان عليه أن يسلم الورقة إلى من يقرر أنه وكيله أو أنه يعمل في خدمته أو أنه من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار".

عدم تحقق المحضر من شخصية أو صفة مستلم صورة الإعلان وأثر ذلك:

لا تثور أية صعوبة في حالة تسليم الإعلان لشخص المعلن إليه، حيث يعتبر الإعلان قد تم على وجه اليقين وبالتالي تنعقد الخصومة بين الطرفين المتنازعين، فإذا تخلف المدعى عليه عن حضور الجلسة الأولى رغم إعلانه لشخصه كان للمحكمة أن تفصل في الدعوى ويعد حكمها حضورياً[1].

كما لا يشترط في الوكيل أو من يعمل في خدمة المعلن إليه أن يكون مقيماً مع المعلن إليه بل يكفي مجرد التواجد في هذا الموطن عند الإعلان[2]. إلا أن الصعوبة تثور بالنسبة للساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار، وذلك لأن أحكام محكمة النقض قد استقرت على أن المحضر غير مكلف بالتحقق من شخصية أو صفة مستلم الصورة في موطن المعلن إليه، إذ يكفي لصحة الإعلان

(١) الفقرة الأولى من نص المادة ٨٤ من قانون المرافعات.

(٢) ولا يشترط أن تكون الوكالة متعلقة بموضوع الإعلان، فيمكن تسليم الصورة -في الموطن- إلى الوكيل أيا كان موضوع وكالته أو نطاقها، وذلك على أساس أن الوكالة توجد صلة مباشرة بينه وبين المطلوب إعلانه مما يجعله حريصاً على تسليم الصورة إليه. أما من يعمل في خدمته فهو كل من يعمل بأجر في خدمة المعلن إليه ما دامت له صلة الاستمرار في الخدمة. أ.د. فتحي والي، الوسيط بند ٢٣٤ ص٣٧٩، ٣٨٠.

أن تسلم صورته إلى أحد المقيمين مع المراد إعلانه حال غيابه[1]، بشرط أن يبين المحضر في الورقة عدم وجود المعلن إليه[2]، وأن التسليم قد تم في موطنه[3]، وأن يكون من تسلم الإعلان مميزاً ومدركاً أهمية الإعلان وضرورة تسليم الصورة لصاحبها[4].

ولا يجوز للمعلن إليه أن يتمسك بالبطلان على أساس عدم صحة ما قرره المستلم، إذ هو المسئول عن وجود المستلم في موطنه[5].

ونظراً لاكتساب ورقة الإعلان صفة الرسمية فإنه لا يجوز إثبات عكس إجراءات الإعلان التي قام بها المحضر بنفسه أو وقعت تحت بصره إلا بطريق الطعن

---

(١) ولو تبين فيما بعد أن من تسلم الصورة منهم ليس ممن يجوز له استلامها، نقض مدني جلسة ١٧ فبراير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض س١٧ ص٣١٨، وجلسة ١٤ مارس ١٩٧٠ س٢١ ص٦٨٩، وجلسة ١٤ مارس ١٩٧٨ س٢٩ ص٧٢٥، وجلسة ١٤ أبريل ١٩٩٢ الطعن رقم ٤٦٧ لسنة ٥٨ ق.

(٢) أ.د. فتحي والي، الوسيط بند ٢٣٤ ص٣٨١. وراجع أيضاً الأحكام المشار إليها في هامش رقم ٢ من ذات الصفحة.

(٣) نقض مدني جلسة ١٤ يناير ١٩٧٨، مجموعة النقض س٢٩ ص١٩١.

(٤) أ٠د٠عبد المنعم الشرقاوي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية٠ ١٩٥ بند ٢٠٩ ص٣٢١، وتطبيقا لذلك قالت محكمة استئناف اسيوط "بما أن القانون لم يحدد سن الشخص الذي يجوز للمحضرتسليم صورة الإعلان إليه في حالة غياب الخصم المراد إعلانه، فللقاضي، عند النزاع، أن يقدر ما إذا كان ذلك الشخص يستطيع بالنظر إلى سنه أن يدرك أهمية تلك الصورة وتسليمها لصاحب الشأن، ومن ثم فتسليم الصورة لأخي المعلن إليه البالغ من العمر حوالي عشر سنوات صحيح قانونا ما دامت سن التمييز تبدأ بحسب الشريعة الإسلامية في السنة السابعة٠ جلسة ٢٦ فبراير١٩٢١ مجلة المحاماة س٢ ص٢٨٢٠ وفي نفس المعنى انظر: Paris. 16 janv 1984, Bull avoués 1984 p. 65.

(٥) أ.د. عبد الباسط جميعي، مبادىء المرافعات ١٩٧٤ ص٢٩٨، أ.د. نبيل اسماعيل عمر، إعلان الأوراق القضائية ١٩٨١ بند ٥٣ ص٨٤. نقض جلسة ١٤ مارس ١٩٧٨ مجموعة النقض س٢٩ ص٧٢.

بالتزوير[1]. ولا يخفى على أحد أن سلوك هذا الطريق يستغرق وقتاً طويلاً قد يستغله المدعى عليه لعرقلة سير الدعوى[2].

ولذلك نقترح على المشرع إضافة فقرة ثالثة لنص المادة ١٠ من قانون المرافعات لتكون كما يلي: "وفي جميع الأحوال يجب على المحضر أن يتحقق من شخصية من يتسلم منه ورقة الإعلان من واقع بطاقته العائلية أو الشخصية مع اثبات رقمها وجهة صدورها في أصل الإعلان وتحديد صلته بالمعلن إليه". إذ ليس من الحكمة إعفاء المحضر إعفاءً تاماً من أن يتثبت من شخصية مستلم صورة الإعلان[3]. فلو تحقق المحضر من شخصية مستلم صورة الإعلان لأضفى على اتصال المراد إعلانه بالخصومة شيئاً من الجدية[4]، ذلك أن إعلاناً واحداً حقيقياً أفضل من تكرار الإعلان على نحو شكلي لا يؤدي في أغلب الأحوال إلى تحقيق الغاية منه، بل كثيراً ما يتخذ المدعى عليه منه وسيلة لإطالة أمد التقاضي[5].

---

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه "متى كان يتضح من وقائع الدعوى أن الطاعن ادعى أن المحضر -خلافاً لما أثبته- لم ينتقل إلى منزله وأنه فيما أثبته من بيانات خاصة بتسليم صورة الإعلان كان متواطئاً بنية عدم ايصال صورة الإعلان إليه، فإنه كان من المتعين عليه أن يسلك في اثبات زعمه سبيل الادعاء بالتزوير لا طلب الاثبات بكافة طرق الاثبات ويكون الحكم المطعون فيه إذ أسس قضاءه بصحة الإعلان على أن الطاعن لم يقرر بالطعن بالتزوير لم يخالف القانون، نقض مدني جلسة ٩ أبريل ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض س٥ ص٨٥٤. وفي نفس المعنى: نقض مدني جلسة ٢٠ مارس ١٩٧٨ الطعن رقم ٤٩٦ لسنة ٤٤ ق. أشار إليه المستشار :أنور طلبه، طرق وأدلة الاثبات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية ١٩٨٧ ص٦١٣.

(٢) راجع ص٨٦ وما بعدها.

(٣) أ.د. أحمد مسلم، أصول المرافعات بند ٣٧٩ ص٤٠٩.

(٤) وكان مؤتمر العدالة الذي انعقد في عام ١٩٨٦ قد أوصى بإلزام المحضر بالتثبت من شخصية مستلم الصورة غير أن التعديل الذي أدخل على قانون المرافعات بموجب القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ لم يستجب لهذه التوصية.

(٥) د. عماد النجار، مرجع سابق ص٤.

إن إضافة فقرة ثالثة لنص المادة ١٠ من قانون المرافعات على النحو المقترح سوف يؤدي إلى قطع الطريق أمام المحضر الذي يتعمد إعلان الورقة -متواطئاً مع طالب الإعلان- في غير موطن المعلن إليه، أو يثبت وهو جالس على المقهى أو في منزله أنه قد انتقل إلى موطن المعلن إليه ولم يجده أو وجده ولكنه رفض الاستلام، إلى غير ذلك من الأساليب التي أصبحت معروفة ومكروهة من الجميع. فإذا نجحنا في إلزام المحضر بالإعلان على نحوحقيقي، فإن ذلك يؤدي بدوره إلى قطع الطريق أمام الخصم الذي يتخذ من الطعن بتزوير الإعلان مطية لعرقلة سير الدعوى[1].

ولكن ماذا يفعل المحضر عندما يتوجه إلى موطن المعلن إليه ويجده مغلقاً، أو يمتنع من يجده عن استلام الإعلان، أو يستلم ولكنه يرفض التوقيع على الأصل بالاستلام ؟

أجابت على ذلك المادة ١١ من قانون المرافعات فقالت بأنه: "إذا لم يجد المحضر من يصح تسليم الورقة إليه طبقاً للمادة السابقة أو امتنع من وجده من المذكورين فيها عن التوقيع على الأصل بالاستلام أو عن استلام الصورة، وجب عليه أن يسلمها في اليوم ذاته إلى مأمور القسم أو العمدة أو شيخ البلد الذي يقع موطن المعلن إليه في دائرته حسب الأحوال. وعلى المحضر -خلال أربع وعشرين ساعة- أن يوجه إلى المعلن إليه في موطنه الأصلي أو المختار كتاباً مسجلاً يخبره فيه أن الصورة سلمت إلى جهة الإدارة. ويجب على المحضر أن يبين ذلك كله في حينه في

(١) نقض مدني جلسة ٩ أبريل ١٩٥٣ مذكور من قبل.

أصل الإعلان وصورته".

ويشترط لصحة الإعلان -وفقاً لهذا النص- ما يلي:

١- ألا يجد المحضر الشخص المراد إعلانه أو أي من الأشخاص الذين يجوز تسليم الصورة إليهم في الموطن، أو يمتنع من وجده منهم عن تسلم صورة الإعلان أو عن التوقيع على الأصل بالاستلام[1]. ٢-أن تسلم الصورة لجهة الإدارة التي يتبعها المعلن إليه[2]. ٣-أن يرسل المحضر للمعلن إليه في موطنه الأصلي أو المختار خطاباً مسجلاً خلال ٢٤ ساعة من تسليم الصورة لجهة الإدارة[3].

مدى التزام المحضر بتسليم الإعلان لجهة الإدارة في حالة امتناع المعلن إليه عن استلامه:

وبعبارة أخرى ماذا يفعل المحضر لو توجه لموطن المراد إعلانه ولكن الأخير امتنع عن استلام الصورة. فهل يجب على المحضر تسليم الإعلان إلى جهة الإدارة، أم أن واجب التسليم لجهة الإدارة لا يكون إلا في حالة امتناع من وجده ممن يصح

---

(١) في تفصيل ذلك انظر: أ.د. فتحي والي، الوسيط، بند ٢٣٥، ص٣٨٣. أ.د. أحمد أبو الوفا، التعليق ص١٣٨. ويعتبر من قبيل الامتناع الذي يوجب على المحضر تسليم الورقة لجهة الإدارة امتناع من يوجد من الأشخاص في موطن المطلوب اعلانه عن ذكر اسمه أو صفته التي تجيز له تسلم الصورة، لأن مثل هذا لامتناع يحول دون تسليم الصورة إليه على النحو الذي رسمه القانون. المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦.

(٢) في تفصيل ذلك انظر : أ.د. وجدي راغب، مبادىء ص٣٤٤.

(٣) ويبطل الاعلان المسلمة صورته لجهة الإدارة إذا لم يخطر المعلن إليه بذلك بخطاب موصى عليه، ولو كان هو شخصيا الممتنع عن استلام الاعلان. نقض جلسة ١٥ فبراير ١٩٥١ الطعن رقم ٥٤ لسنة ٢٠ ق. أشار إليه أ.د. أحمد أبو الوفا، مدونة الفقه والقضاء ١٩٥٠ ص١٣٢.

تسليم الإعلان إليهم في موطن المراد إعلانه؟.

اختلفت وجهات النظر حول هذا الموضوع، بين قائل بالتزام المحضر بتسليم الإعلان لجهة الإدارة؛ ولو كان الممتنع هو المعلن إليه، وقائل بعدم التزام المحضر باتخاذ هذا الإجراء؛ لانتفاء الحكمة منه. وسوف نتعرض لهذين الاتجاهين ثم ندلو بوجهة نظرنا بعد ذلك.

الاتجاه الأول : التزام المحضر بتسليم الإعلان لجهة الإدارة :

ويخلص هذا الرأي[1] إلى القول بأنه يتعين تسليم الصورة إلى جهة الإدارة متى خاطب المحضر المعلن إليه شخصياً في موطنه وامتنع عن الاستلام أو التوقيع؛ حتى ولو وجد المحضر في الموطن غيره ممن يصح تسليم الصورة إليهم، لأن تسليم

(١) أ.د. أحمد أبو الوفا، التعليق ص١٣٨. أ.د. أحمد مسلم، أصول المرافعات ١٩٧٨ بند ٣٧٧ ص٤٠٤. أ.د. رمزي سيف، المرافعات بند ٣٧٥ ص٤٦٠. أ.د. نبيل سماعيل عمر، اعلان الأوراق القضائية بند ٥٥ ص٨٧. أنظر أيضاً: استئناف مصر جلسة ٢ ديسمبر ١٩٣١، مجلة المحاماة س١٢ ص٧٥٢، نقض مدني جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٥١ الطعن رقم ٥٤ لسنة ٢٠ ق، أشار إليه أحمد أبو الوفا، مدونة الفقه والقضاء الجزء الثاني ص١٣٢. وفي هذا الخصوص أرسلت محكمة المنصورة الابتدائية كتاباً إلى إدارة التشريع بوزارة العدل بتاريخ ١٢ فبراير ١٩٥٧ استفسرت فيه عن واجبات المحضر في حالة امتناع الشخص المراد إعلانه عن استلام الصورة. وهل يجب على المحضر تسليم الإعلان في هذه الحالة إلى جهة الإدارة، أم أن واجب تسليم الإعلان لجهة الإدارة لا يكون إلا في حالة امتناع من وجده المحضر في موطن المطلوب إعلانه. وقد جاء رد إدارة التشريع على ذلك بتاريخ ١٨ فبراير ١٩٥٧ فقالت "إن واجب المحضر إذا لم يجد المعلن إليه المراد إعلانه فيه أن يسلم الورقة إلى وكيله أو خادمه أو أحد أقاربه .. بشرط أن يكون مقيماً معه، ويعتبر الإعلان صحيحاً متى سلمت الورقة إلى أحد المتقدم ذكرهم. أما إذا لم يجد المحضر أحد من هؤلاء أو امتنع من وجده عن تسلم الصورة أو كان المحل المراد الإعلان فيه مغلقاً فعلى المحضر أن يسلم الصورة حسب الأحوال لمأمور القسم أو البندر أو العمدة ... الذي يقع موطن الشخص في دائرته ولو كان هو الممتنع عن الاستلام. كتاب إدارة المحاكم رقم ٧٤-٢١-٦ (٢١١) فبراير ١٩٥٧. ورد في: أحمد مصطفى هلال، اجراءات الإعلان والتنفيذ ١٩٦٥ ص٢٦.

الصورة إلى غير المعلن إليه في موطنه مرهون بعدم وجوده[1]، وذلك لأن المادة ٢/١١ من قانون المرافعات تقضي بأنه "إذا لم يجد المحضر من يصح تسليم الورقة إليه طبقاً للمادة السابقة أو امتنع من وجده من المذكورين فيها عن ... تسلم لجهة الإدارة".

والمادة السابقة (م ١٠) تذكر الإعلان إلى الشخص نفسه إلى جانب الإعلان في الموطن[2].

وقد جرى قضاء محكمة النقض على "وجوب تسليم صورة الإعلان إلى جهة الإدارة في حالة الامتناع عن استلامه دون تفريق بين ما إذا كان الممتنع هو شخص المراد إعلانه أو غيره ممن يجوز تسليم الصورة إليهم. فإذا تبين أنه لم يرد في محضر الإعلان شيء عن قيام المحضر بتسليم صورة الإعلان إلى جهة الإدارة عقب امتناع المعلن إليه شخصياً عن استلامه وتوجيه كتاب موصى عليه إلى هذا الأخير في

---

(١) أ. محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه ١٩٩٥، الطبعة الثالثة ص١٦٠. أ.د. أحمد مسلم، أصول المرافعات بند ٣٧٩ ص٤٠٧. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن الأصل في الاعلان وفقا لنص المادة ١١ من قانون المرافعات أن تسلم إلى الشخص نفسه أو في موطنه فإذا لم يجد المحضر الشخص المطلوب اعلانه في موطنه جاز أن تسلم الأوراق إلى وكيله أو خادمه أو لمن يكون ساكنا معه من أقاربه أو أصهاره وفقا للمادة ١٢ مرافعات (قديم). فإذا أغفل المحضر اثبات عدم وجود المطلوب اعلانه أو أغفل العلاقة بينه وبين من تسلم صورة الاعلان، فإنه يترتب على ذلك بطلان ورقة الاعلان. نقض مدني جلسة ١٦ يونيو ١٩٥٥ مجموعة النقض س٦ ص١٢٥٦، وجلسة ٢٦ نوفمبر ١٩٥٩ س١٠ ص٧٠٣. وفي المقابل ذهب البعض إلى القول بأنه إذا رفض المعلن إليه مقابلة المحضر أو رفض تسلم الإعلان كان على المحضر أن يسلم الورقة إلى وكيله أو خادمه أو لمن يكون ساكنا معه من أقاربه أو أصهاره بشرط أن يكون من تسلم الورقة مميزاً ومدركاً أهمية الإعلان وضرورة تسليم الصورة لصاحبها. أ.د. عبد المنعم الشرقاوي، المرافعات ١٩٥٠ بند ٢٠٩ ص٣٢١، د. أبو هيف، المرافعات بند ٦٨٠ ص٤٩١.

(٢) أ.د. فتحي والي، الوسيط ص٣٧٥ هامش رقم ٣، ٤.

موطنه الأصلي أو المختار في ظرف أربع وعشرين ساعة يخبره فيه أن الصورة قد سلمت لجهة الإدارة؛ فإن الإعلان يكون قد وقع باطلاً"[1].

الاتجاه الثاني: عدم التزام المحضر بتسليم الإعلان لجهة الإدارة :

ويخلص هذا الرأي[2] إلى القول بأن الإعلان يصح في حال امتناع المعلن إليه شخصياً عن تسلم الصورة، وأن المحضر لا يلتزم في هذه الحالة بتسليم الصورة إلى جهة الإدارة، وأن دوره ينتهي متى أثبت في المحضر بامتناع المعلن إليه عن الاستلام. وذلك على سند من القول بأنه متى كان الممتنع عن استلام الإعلان هو ذات الشخص المراد إعلانه فإنه لا معنى من تسليم الإعلان إلى جهة الإدارة؛ لأنه قد علم به ولأنه يعد مشاكساً فلا تجب له الرعاية.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه " يكون الإعلان صحيحاً متى وجد المحضر المعلن إليه وامتنع الأخير عن الإستلام حتى ولو كان سبب الامتناع بأن محله ليس الآن في المكان المذكور في الورقة ومتي أثبت المحضر ذلك في الإعلان انتهت مأموريته ولاضرورة لتسليم الإعلان لجهة الإدارة لأن ذلك لازم في حالة الامتناع عن الاستلام في المحل فقط أما هنا فالإعلان للشخص نفسه"[3] .

رأينا في الموضوع:

ونحن من جانبنا نتفق مع ما انتهى إليه الرأي الثاني، لأنه يتفق مع قواعد

---

(١) نقض مدني جلسة ٨ نوفمبر ١٩٥٧ مجلة المحاماة س٣٨ ص١٠٧٢.

(٢) د. عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية ١٩٢١ ص٤٨٩.

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة جلسة ٨ يناير ١٩١٣، جازيت س٣ ص٦٩.

العدل والمنطق، إذ يكون من الأفضل سد الطريق أمام المدعى عليه المماطل، بحيث يعد رفضه أو امتناعه عن استلام الإعلان في موطنه بمثابة إعلان لشخصه، وهذا ما ذهب إليه وبحق المشرع العراقي إذ تنص المادة ١/٢٥ من قانون المرافعات على أنه "إذا امتنع المطلوب تبليغه عن تسلم الورقة ... يحرر القائم بالتبليغ شرحاً يثبت فيه ذلك ويدون فيه تاريخ ومحل حصول الامتناع ويوقعه ويعتبر ذلك تبليغاً". ولاشك في أن هذا النص يحقق اقتصاديات العدالة، وهذا يؤدي إلى وصول الحق لصاحبه دون إبطاء. أما القول بأنه يجب على المحضر تسليم الصورة إلى جهة الإدارة -رغم امتناع المعلن إليه شخصياً عن استلامها- لهو مضيعة للوقت وغير مبرر.

فإذا كان من الضروري تسليم ورقة الإعلان لجهة الإدارة في حالة تسليم الصورة لمن يجوز تسليمها لهم في موطن المعلن إليه أو في حالة امتناع أي منهم عن استلامها لافتراض عدم علم المعلن إليه بذلك، إلا أنه يكون من الإسراف القول بإعمال مثل هذا الإجراء أيضاً في حالة امتناع المعلن إليه شخصياً عن تسلم صورة الإعلان من المحضر لانتفاء الحكمة من ذلك.

حتى لو فرض وصرفنا النظر عن مسألة لزوم تسليم الإعلان لجهة الإدارة عند امتناع المعلن إليه عن تسلم صورة الإعلان وفقاً للرأي الأول، أو عدم لزوم تسليم الإعلان لانتفاء الحكمة من ذلك وفقاً للرأي الثاني. إلا أنه من الملفت للنظر أن تنص المادة ٨٤ من قانون المرافعات على أنه "إذا تخلف المدعى عليه وحده في الجلسة الأولى وكانت صحيفة الدعوى قد أعلنت لشخصه حكمت المحكمة في الدعوى، فإذا لم يكن قد أعلن لشخصه كان على المحكمة في غير الدعاوى

المستعجلة تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية يعلن المدعي بها الخصم الغائب ويعتبر الحكم في الحالتين حكماً حضورياً.

أما إذا تعدد المدعى عليهم وكان البعض قد أعلن لشخصه وتغيبوا جميعاً أو تغيب من لم يعلن لشخصه وجب على المحكمة في غير الدعاوى المستعجلة تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية يعلن المدعي بها من لم يعلن لشخصه من الغائبين ويعتبر الحكم في الدعوى حكماً حضورياً في حق المدعى عليهم جميعاً".

ويستفاد من هذا النص أنه رغم إعلان المدعى عليه إعلاناً قانونياً صحيحاً للجلسة الأولى[1]، إلا أن نص المادة ٨٤ من قانون المرافعات يوجب في غير الدعاوى المستعجلة[2] تأجيل نظر الدعوى وإعادة إعلانه بالجلسة الجديدة إذا لم يكن الإعلان مخاطباً مع شخص المعلن إليه؛ وذلك لاحتمال جهله بقيام الدعوى[3].

والحق أن تطلب مثل هذا الإجراء- أي إعادة الإعلان قد أضحى وبحق مجالاً خصباً لتعطيل الفصل في الدعاوى من جانب كثير من المدعى عليهم، فرغم إعلان المدعى عليه وفقاً لنص المادتين ٢/١٠، ١١ من قانون المرافعات إلا أنه يتعمد -في

---

(١) أي إعلانه وفقاً لنص المادة ٢/١٠ من قانون المرافعات.

(٢) لأن هذه الدعاوى لا تحتمل التأخير، ويسري هذا الاستثناء أيضاً بالنسبة للطلبات الوقتية التي تبدى مع الطلبات الموضوعية سواء في عريضة الدعوى أو أثناء نظر الأخيرة، بمعنى أنه إذا تقدم المدعي في عريضة دعواه بطلبات موضوعية وطلبات وقتية وتخلف المدعى عليه عن الحضور في الجلسة الأولى المحددة لنظر الدعوى ولم يتقدم بأية مذكرة بدفاعه جاز في الجلسة الأولى نظر الطلبات الوقتية دون الموضوعية، وهذه يجب تأجيل نظرها لجلسة أخرى يعلن بها المدعى عليه بواسطة خصمه. أ.د. أحمد أبو الوفا، المستحدث في مشروع قانون المرافعات، مجلة الحقوق ١٩٥٩س١٤ ص٢١٤- ٢١٥.

(٣) المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.

أغلب الأحوال- عدم حضور الجلسة الأولى التي أعلن بها لغير شخصه وفقاً لنص المادة ٢/١٠ مرافعات، أو قد يتواجد في قاعة الجلسة؛ ولكنه لايثبت حضوره فيها، وذلك توصلاً منه لتأجيل نظر الدعوى لإعادة إعلانه -وفقاً لنص المادة ٨٤ مرافعات- كسباً للوقت وإضراراً بالمدعي.

وهكذا يتضح لنا أن نص المادة ٨٤ مرافعات بصيغته الحالية يمكن المدعى عليه من عرقلة سير الخصومة، كما يتجاهل وجود الفقرة الثالثة من نص المادة ١١ من قانون المرافعات والتي تقرر اعتبار الإعلان منتجاً لآثاره من وقت تسلم الصورة إلى من سلمت إليه قانوناً.

ولنا أن نتساءل كيف يكون الإعلان منتجاً لآثاره وفقاً للمادة ٣/١١ مرافعات وفي نفس الوقت يجب على المحكمة أن تؤجل نظر الدعوى وتكلّف المدعى بإعادة إعلان المدعى عليه -وفقاً لنص المادة ٨٤ مرافعات- لا لشيء إلا لأنه لم يُعلن لشخصه أي تم إعلانه بالطريق الإداري. ألم يكن الوضع هنا غريباً؟

نعم هو كذلك، لأنه يجعل المدعى عليه الذي تسلم الإعلان في موطنه في مركز أسوأ من المدعى عليه الذي يتواجد في موطنه ويمتنع عمداً عن تسلم الإعلان من المحضر حتى يتم إعلانه بالطريق الإداري، وبالتالي يضمن إعادة إعلانه مرة أخرى وفقاً للنص سالف الذكر. فلماذا يتسلم الإعلان والقانون يعطيه الحق في الامتناع عن الاستلام رغم وجوده في موطنه.

إن المدعى عليه غالباً ما يتخذ من هذه الضمانة -أي العلم بالإجراءات- التي

وضعت في الأصل لحمايته كمطية لتعويق العدالة، فقد ثبت لنا من خلال البحث أنه يتخذ من هذه النصوص وسيلة لكيد خصمه، لأن الإعلان متى أجري وفقاً لما يقرره القانون فانه يبلغ للمدعى عليه في التو واللحظة -في أغلب الأحوال- سواء أكان المدعى عليه متواجداً خارج البلاد أم داخلها٠ نعم إن المدعى عليه يعلم بالدعوى من الاعلان الأول، ومع ذلك فإنه يفضل الانتظار وعدم مواجهة خصمه، فلماذا يواجهه الآن ونص المادة ٨٤ مرافعات يوجب على المحكمة تكليف المدعى بإعادة إعلانه.

ولذلك نقترح تعديل نص المادة ٨٤ ليصبح على النحو التالي: "إذا تخلف المدعى عليه وحده في الجلسة الأولى وكانت صحيفة الدعوى قد أعلنت إليه وفقاً لما هو مقرر في نص المادتين ١٠، ١١ من قانون المرافعات حكمت المحكمة في الدعوى متى كانت صالحة للفصل فيها، ويعتبر حكمها حضورياً".

وتأكيداً لوجهة نظرنا هذه قضت محكمة النقض "بأن المقصود من الإعلان هو إعلام المدعى عليه بالدعوى وبطلبات المدعي فيها وبالجلسة المحددة بنظرها كي يعد دفاعه ومستنداته، فإن هو أعلِن قانوناً بصحيفة الدعوى كان ذلك دليلاً كافياً على علمه بها سواء علم أو لم يعلم، وإيذاناً من القاضي بالمضي في نظرها سواء مثل المدعى عليه في الجلسات المحددة لنظرها أو من ينوب عنه أو لم يمثل أصلاً"[1].
وبعبارة أكثر وضوحاً فإنه متى تم إعلان المدعى عليه بالشكل القانوني فإنه يعتبر عالماً بالاجراء ومضمونه، ولا يجوز له الإدعاء بعدم علمه به لأي سبب كان -أي أن هذا الإعلان شأنه في ذلك شأن نشر التشريع يعد قرينة قاطعة على العلم لا يقبل

---

(١) نقض مدني جلسة ١ فبراير ١٩٩٣ الطعن رقم ١٥١٤ لسنة ٥٨ قضائية، مجلة المحاماة ١٩٩٤ ق ٩٠ ص١٦٢.

معها الاحتجاج بالجهل[1].

ولا شك في أن الأخذ بهذا الاقتراح من شأنه أن يسهل من إجراءات سير الخصومة ويحد من تعطيلها، وقد يقال إن ذلك سوف يخل بضمانة أساسية للمدعى عليه وهي حقه في العلم بالإجراءات؛ غير أن ذلك مردود عليه بأنه إذا كان المدعى عليه حراً في الدفاع عن نفسه، لكن ما لا يجب أن يكون حراً فيه هو السير في القضية وفقاً لهواه، كما لو حاد عن الهدف الذي شرع في الأصل لمصلحته -أي تمكينه من العلم بالإجراءات- إلى غرض غير مشروع بقصد الإضرار بخصمه، وهو ما يسمى التحايل بالقانون على القانون أو الغش نحو القانون Fraude a la loi[2]. فرغم إعلان المدعى عليه إعلاناً قانونياً صحيحاً إلا أنه يتعمد عدم الحضور رغبة في إعنات خصمه ومضايقته وإيذائه.

إن السير الطبيعي للدعوى والحكم فيها يقتضي حضور كل من المدعي والمدعى عليه ليبدي كلٌ منهم أقواله ودفاعه لتحكم المحكمة في الدعوى بعد تحقيق دفاع كل منهما[3].

---

(١) أ.د. وجدي راغب دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ١٩٧٦، س١٨ ص٢٢٠.

(٢) أ.د. عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص٢. د. عبد السلام ذهني، في الغش والتدليس والتسجيل ١٩٤٤، الطبعة الثانية ص د. فإذا ما وقع العمل القانوني وكان الدافع إليه إرادة مبيتة في إلحاق الإيذاء بالغير، تعيّن وتتنذ أن لا يستفيد ذلك العمل من حماية القانون حتى ولو أجراه صاحبه على اعتباره حقاً شرعياً مقرراً له، ما دام قد ألبسه لباس الخدعة. - L' josserand: de l'esprit des droits et leur relativité 2 me edit. 1939. p. 368.

(٣) أ.د. رمزي سيف، المعارضة في الأحكام الغيابية في مشروع قانون المرافعات، مجلة الحقوق ١٩٤٨ س٣ ص٤٠١.

المبحث الثاني
إساءة استعمال المدعى عليه لحقه في طلب التأجيل

تمهيد :

من المسائل التي علت منها شكوى المتقاضين في مصر وأجمع الكل على ضرورة التصدي لها هي كثرة تأجيل الدعاوي أمام المحاكم، وما ينجم عنها من ضياع في وقت القضاة والمتقاضين معاً٠ نعم يشعر المتقاضون -وبحق- بالمرارة فقلما نجد قضية أجلت-أقل من عشر مرات، بل إن من القضايا ماتم تأجيله لأكثر من ذلك بكثير٠

ولاشك في أن تكرار التأجيل على هذا النحو قد أصبح عيباً كبيراً في نظامنا القضائي٠ إذ يقوم كل طرف بإلقاء اللوم على الطرف الآخر، فالقاضي يلقي باللوم على المشرع ويتهم المحامي، والمحامي يتهم القاضي، وأصحاب القضايا يتهمون الجميع ٠ وأمام هذا الوضع، فإنه من المهم التعرف على النصوص التي تعرضت للتأجيل وكيفية تنظيم المشرع لها حتى يمكن الكشف عن أسباب كثرة تأجيل القضايا التي تؤدي حتماً إلى تأخير الفصل في المنازعات المطروحة أمام المحاكم٠

الأصل أن تجري المرافعة في الجلسة الأولى :

تنص المادة ٩٧ من قانون المرافعات على أن " تجري المرافعة في أول جلسة وإذا قدم المدعى أو المدعى عليه في هذه الجلسة مستنداً كان في إمكانه تقديمه في

الميعاد المقرر في المادة ٦٥ مرافعات قبلته المحكمة إذا لم يترتب على ذلك تأجيل نظر الدعوى وإلا حكمت عليه بغرامة لاتقل عن ثلاثين جنيهاً ولاتجاوز مائتي جنيه".

والهدف الذي يتوخاه المشرع من هذا النص هو حث الخصوم على الإسراع بتقديم مالديهم من وسائل الإثبات[1] ، قبل أن تطرح الدعوى على المحكمة [2] ، وذلك حتى يكون الخصمان جاهزان للمرافعة في الجلسة الأولى، بحيث لايأتي هذا اليوم إلا والقضية مستوفاة وصالحة للحكم فيها بدون حاجة إلى التأجيل[3] .

ولتحقيق هذا الهدف -أي جعل الدعوى صالحة للفصل فيها من أول جلسة- تنص المادة ٦٥ من قانون المرافعات بأنه " على المدعي عند تقديم صحيفة دعواه أن يؤدي الرسم كاملاً وأن يقدم لقلم كتاب المحكمة صوراً من هذه الصحيفة بقدر عدد المدعى عليهم وصورة لقلم الكتاب، وعليه أن يرفق بصحيفة الدعوى جميع المستندات المؤيدة لدعواه ومذكرة شارحة[4] . وعلى المدعى عليه في جميع الدعاوي عدا المستعجلة والتي انقضى ميعاد الحضور فيها أن يودع قلم الكتاب مذكرة

---

(١) محمد وعبدالوهاب عشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن ١٩٥٧ بند ٦٥٩ ص١٧٦.

(٢) أ.د. فتحي والي، الوسيط بند ٢٨٠ ص٤٧٤.

(٣) أ.د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات ص٣٩١.

(٤) في المقابل تنص المادة٣٣ من قانون الإجراءات السوداني على " أنه مالم ينص القانون على غير ذلك ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعي بعريضة واضحة ومختصرة وبعدد كاف من الصور على أن يرفق فيها:١- كشف بالمستندات التي يعتمد عليها في الدعوى مع إرفاقها أو إرفاق صور منها. ٢- كشف بأسماء الشهود الذين تعتمد عليهم الدعوى وعناوينهم وملخص بياناتهم. ولايسمح بتقديم أي مستندات أو سماع أي شهود لايقدم بهم كشفاً وفق حكم البندين السابقين".

بدفاعه يرفق بها مستنداته قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى بثلاثة أيام على الأقل [1] .

هذا هو النص، لكن الواقع يدلل على أن الفصل في الدعوى من الجلسة الأولى هو فرض نادر الحدوث، إن لم يكن مستحيلاً من الناحية العملية، وذلك بسبب عدم حضور المدعى عليه في أغلب الأحوال[2] . وهذا يلقي بظلال من الشك حول قدرة نص المادة ٦٥ مرافعات على جعل الدعوى صالحة للفصل فيها من أول جلسة كما يرغب المشرع.

مدى قابلية نص المادة ٦٥ من قانون المرافعات للتطبيق أمام المحاكم:

مما يؤسف له أن هذا النص لم يطبق أمام القضاء، لأن المشرع لم يضع جزاءً رادعاً في حالة الإخلال به، بل لانجاوز الحقيقة إذا قلنا بأنه لا القاضي ولا الخصوم يعيران هذا النص أي اهتمام، فهو من النصوص المعطلة إذ لاوجود له سوى في مجموعة المرافعات.

فالقاضي لم يسعفه الجزاء في إلزام المدعي بإرفاق كل مستنداته عند تحرير صحيفة الدعوى، ولا إلزام المدعى عليه بإيداع مذكرة بدفاعه قبل الجلسة بثلاثة

---

(١) وتقابل هذه الفقرة في قانون الإجراءات السوداني المادة ٧٤ منه والتي تقرر على " وجوب أن تشتمل مذكرة الدفاع على مايلي : ١- كل الدفوع التي يعتمد علهيا المدعى عليه في مناهضة الدعوى. ٢- إقرار أو إنكار صريح لكل واقعة اشتملت عليها عريضة الدعوى أو مذكرة المدعى ماعدا مقدار التعويض. وفي جميع الأحوال يجب أن يرفق مع مذكرة الدفاع كل مستندات الدفاع إن وجدت وأسماء الشهود إن وجدوا".

(٢) د. إبراهيم النفياوي مسئولية الخصم، ص٦٠٤.

أيام[1] .

أما الخصمان فكثيراً مايحضران عند نظر الدعوى في الجلسة الأولى وكل منهما غير عالم بما يخفي له خصمه من الأدلة وما يستشهد به من حجج، فقد يطلب المدعى بحقه في الرد على دفاع المدعى عليه، والمدعى عليه هو الآخر يطلب التصريح له بتقديم مذكرة أو مستند أو استيضاح المدعى في واقعة معينة لم يسمع بها إلا في الجلسة الأولى[2]، كل هذا يؤدي في أغلب الأحوال إلى تأجيل نظر الدعوى عدة مرات.

ولكن مايهمنا في هذا الخصوص هو معرفة الجزاء الذي قرره المشرع عند مخالفة المدعى عليه للفقرة الثانية من نص المادة ٦٥ مرافعات، أي عند عدم إيداعه قلم كتاب المحكمة مذكرة بدفاعه قبل الجلسة ا لمحددة لنظر الدعوى بثلاثة أيام.

جزاء مخالفة نص المادة ٢/٦٥ من قانون المرافعات:

إذا كان المشرع لم يتعرض في نص المادة ٢/٦٥ مرافعات للجزاء الواجب إعماله عند عدم إيداع المدعي عليه مذكراته أو مستنداته في الميعاد المقرر[3] ، لكنه أورد هذا الجزاء في المادة ٩٧ من قانون المرافعات والتي تنص على" أن تجرى

---

(١) ويلاحظ أن عبارة الوجوب التي وردت في صدر المادة ٦٥ من قانون المرافعات لاترتب أي بطلان كجزاء على مخالفتها. أ.د. أحمد أبو الوفا، المستحدث ص٢١٩.

(٢) أ. محمد حمدي السيد، في أسباب كثرة تأجيل القضايا وعلاجها، منشور في كتاب مجموعة الأحكام، تعليقاً على أحكام صادرة من المحاكم الأهلية والمختلطة والفرنسية تطبيقاً على القانون المدني وقانون المرافعات.١٩٣٠، ص٥٥.

(٣) أ.د. نبيل إسماعيل عمر، قانون المرافعات بند ٢٧٦ ص٢٢٥.

المرافعة من أول جلسة وإذا قدم المدعى أو المدعى عليه في هذه الجلسة مستنداً كان في إمكانه تقديمه في الميعاد المقرر في المادة ٦٥ مرافعات قبلته المحكمة إذا لم يترتب على ذلك تأجيل نظر الدعوى وإلا حكمت عليه بغرامة لاتقل عن ثلاثين جنيهاً ولاتجاوز مائتي جنيه".

ويشترط لإعمال هذا الجزاء مايلي [1] : ١- عدم التزام الخصم بالميعاد الذي قررته المادة ٦٥ مرافعات، وهذه المخالفة في حد ذاتها لاتؤدي إلى المسئولية إذا لم يترتب على تقديم المستندات والمذكرات في الميعاد تأجيل نظر الدعوى في أول جلسة. ٢- أن يؤدي تقديم المستندات إلى تأجيل نظر الدعوى في أول جلسة.
٣- أن يكون التأخير راجعاً إلى فعل الخصم، وقد عبرت المادة ٩٧ على هذا المعنى بقولها " إذا قدم المدعي أو المدعى عليه في هذه الجلسة مستنداً كان في إمكانه تقديمه في الميعاد".

عدم فعالية هذا الجزاء:

يبدو لنا أن نص المادة ٩٧ من قانون المرافعات -بوضعه الحالي- يحث المدعى عليه على عدم إيداع مذكرة بدفاعه في الميعاد المحدد وفقاً للفقرة الثانية من نص المادة ٦٥ مرافعات مادام بوسعه أن يقدم دفاعه في الجلسة الأولى، وهذا هو الذي استقر عليه العمل أمام المحاكم فلم نرً -في أغلب الأحوال- المدعى عليه يودع مذكرة بدفاعه قبل الجلسة الأولى، وإنما يفضل إرجاء ذلك حتى نظر الدعوى، ليس هذا فحسب بل إنه يطلب من المحكمة في الجلسة الأولى تأجيل نظر الدعوى

(١) د. إبراهيم النفياوي، مرجع سابق ص٦٠٣، ٦٠٤.

للإطلاع والاستعداد، وسرعان ماتلبي المحكمة هذا الطلب متغافلة إعمال الجزاء الذي تنص عليه المادة ٩٧ من قانون المرافعات بسبب ضيق الوقت وكثرة المنازعات المطروحة عليها، بل إننا لانجاوز الحقيقة إذا قلنا بأن المحكمة تجد نفسها مقيدة من الناحية الأدبية في أن لاترفض طلب الخصم تأجيل نظر الدعوى لأنها ستؤجل هي من تلقاء نفسها وبلا طلب عدداً كبيراً من القضايا لعدم قدرتها على الفصل فيها على نحو يحقق العدالة.

وقد نشأ عن هذا الوضع أن المحكمة كثيراً ماتجيب طلب المدعى عليه تأجيل نظر الدعوى ولو كانت الأسباب التي يبديها واهية، بل ورغم معارضة خصمه أحياناً، وماهذا كله إلا رغبة منها في تقليل عدد القضايا التي سوف تنظرها[1]، وحتى لو فرض بأن المحكمة ستوقع الجزاء على الخصم الذي يخالف نص المادة ٦٥ مرافعات، فهل يتلاءم هذا الجزاء مع مخالفة النص؟!

الإجابة بالنفي بكل تأكيد . وقد يقال إن قيمة الغرامة قد بلغت عشرة أمثالها بموجب القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢، ولكننا نقول إن الواقع أمام المحاكم أثبت أن مبلغ الغرامة -وفقاً لنص المادة ٩٧ مرافعات -غير كافٍ للحد من طلبات التأجيل والتي لاهدف لها سوى التسويف والمماطلة.

ونتيجة لذلك، فإنه يتعين على المحكمة أن تقبل المستندات المقدمة إليها من الخصوم، ولو انتفى العذر الذي منعهم من تقديمها في الميعاد المقرر في المادة ٦٥ مرافعات، ولايبقى أمامها في هذه الحالة سوى الحكم بالغرامة التي لاتقل عن

(١) أ. عبد الوهاب محمد، الجدول المستمر منشور في مجلة المحاماة ١٩٢٠ س ١، ص٧.

ثلاثين جنيهاً ولاتزيد عن مائتي جنيه[1] . نعم لاتجاوز مائتي جنيه ولو كانت قيمة الدعوى بالملايين!! إذن لماذا يشغل الخصوم بالهم سواء في حالة الحكم بهذه الغرامة التافهة أو عدم الحكم بها.

في المقابل نجد أن المشرع الفرنسي يقرر في نص المادة ٣٢-١ من قانون المرافعات على أنه للمحكمة أن تحكم على الخصم الذي يتعسف في الإجراءات بغرامة لاتقل عن مائة فرنك ولاتجاوز عشرة آلاف فرنك، ولايحول ذلك دون المطالبة بالتعويضات متى كان لها مقتضى[2] .

ولاشك في أن هذا النص يدعو بصفة عامة إلي محاربة كل تعسف في استعمال الحق Abus de droit أمام القضاء [3] ، فضلاً عن أنه يعطي القاضي سلطة أكبر في إعمال الجزاء بين حدية الأدنى والأقصى، الأمر الذي يؤدي إلى ضبط مجريات الدعوى على نحو يحقق العدالة بين الخصوم. ويطبق هذا النص على كل من المدعي والمدعى عليه كما يطبق على المتدخل والمدخل في الخصومة وذلك لورود النص في

---

(١) محمد كمال عبدالعزيز: تقنين المرافعات في ضوء الفقه والقضاء، ١٩٩٥ ص٥٩٨.

(٢) وتطبيقاً لذلك قضى بأنه :

les juges qui condamnent à des dommages - interets une partie envers l'autre ne peuvent se borner à affirmer que la procedure est abusive, sans caracteriser la faute. com. 4 oct. 1971, Bull. civ. iv p.182, civ. 3e 21 oct. 1975 ibid, III p. 230, com. 18 mars 1980, D. 1980, iR, 461, obs Julien - pour un exempe de faute nan caracterisée, civ. 3e, 11 mai 1978 ilid III, p160.

(٣) - Yvon Desdevises, l' abus du droit du agir en justice avec succes. Dalloz 1979 - chr. p21.

الباب التمهيدي من مجموعة المرافعات الفرنسية [1].

ومن ناحية أخرى، نجد أن المشرع المصري -متأثراً بالنظام اللاتيني- قد اكتفى بمجرد تمكين المدعى عليه من الدفاع عن نفسه، وهو حر بعد ذلك في إبداء دفاعه أو عدم إبدائه بالكيفية التي يحددها هو -شفاهة أو كتابة أو هما معاً- منذ إعلانه بصحيفة الدعوى وحتى إغلاق باب المرافعة فيها، وأقصى ما وصل إليه المشرع في هذا الشأن هو تنظيم استعمال حق الدفاع على النحو الذي رأيناه.

في المقابل نجد أن المشرع السوداني -متأثراً بالنظام الأنجلو سكسوني- قد انتهج لنفسه طريقاً آخر، إذ يجب على المحكمة وقبل الفصل في القضية أن تحدد نقاط النزاع Framing of Issues؛ وذلك ببيان المسائل التي يتفق عليها الخصمان وتلك التي يختلفان عليها[2]، وهي ملزمة بذلك ولو لم يتقدم المدعى عليه بأي دفاع[3].

---

(١) أ.د. عزمي عبدالفتاح، نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدني، ص٢٦١.

Normand, jurisprudence Francaise en matiere de droit judicaire prive R.T.D.C. 1985, p.609.

(٢) المادة ٧٢ من قانون الإجراءات السوداني. والمحكمة وفقاً لهذا النص هي التي تحدد نقاط النزاع، وذلك بعد مناقشة الخصوم وفحص مذكراتهم بحيث يمكنها في نهاية المطاف الوقوف على المسائل المختلف عليها بينهم ثم تقوم بتسجيل مايلي في محضر الدعوى: ١- المسائل التي ليست محل خلاف بين الأطراف. ومن ثم فإنها تستبعد من مجال سماع الدعوى بحيث لايقبل في شأنها أية بينة. ٢- المسائل القانونية والموضوعية المختلف عليها وهي التي يدور في نطاقها سماع الدعوى وتقديم البينة. ٣- موجز الأدلة التي يرون تقديمها لإثبات نقاط النزاع الموضوعية. للمزيد من التفصيلات حول هذا الموضوع راجع : أ.د. محمد الشيخ عمر، قانون الاجراءات المدنية السوداني، الجزء الأول ١٩٨٣ ص٢٨٢.

(٣) المادة ٨٢ من قانون الإجراءات المدنية السوداني.

ولاشك في أن تحديد نقاط النزاع في وقت مبكر عند مناقشة الخصوم أو بمجرد اكتمال المذكرات المقدمة منهم سوف يحقق اقتصاديات العدالة عن طريق تحديد ملامح النزاع؛ وذلك بإبراز الوقائع الجوهرية المختلف عليها بين الخصوم، وهي تلك التي يدعيها أحدهما وينكرها عليه الآخر، إلا أن كليهما يسلم بأنها المسائل التي يرغبان في حسمها دون سواها، ومن ثم تنحصر الجهود في تلك المسائل فحسب ، وهذا يوفر وقتاً وجهداً بل ومالاً [1] .

وهكذا فإن تحديد نقاط النزاع على هذا النحو سوف يؤدي إلى حسم المنازعات في وقت ملائم وبصورة مقبولة سواء بالنسبة للخصوم أو بالنسبة للمحكمة·

أما التشريعات التي تأخذ بالنظام اللاتيني ومنها التشريع المصري، فإن الدعوى تظل هلامية إلى مالانهاية، حيث ينجح الخصوم في استدراج المحكمة -بإسم القانون وأدواته- نحو إثارة العديد من المسائل الموضوعية أو الإجرائية والتي غالباً ماتكون مفتعلة منذ مطلع الدعوى وحتى إغلاق باب المرافعة فيها.

الأصل عدم جواز تأجيل الدعوى أكثر من مرة لسبب واحد :

إذا كان الأصل أن تنظر القضية في أول جلسة -وفقاً لنص المادة ٩٧ مرافعات- إلا أنه يجوز للمحكمة سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من أحد الخصوم أن تقرر تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة أخرى وذلك إما قبل البدء في نظر الدعوى أو أثناء نظرها لها، كما أن لها أن تؤجل النطق بالحكم بعد انتهاء

---

(١) أ·د· محمد الشيخ عمر، المرجع السابق ص٢٨١·

المرافعات[1] .

غير أنه لايجوز للمحكمة -وفقاً لنص المادة ٩٨ مرافعات- تأجيل نظر الدعوى أكثر من مرة لسبب واحد يرجع إلى أحد الخصوم، على أن لاتجاوز فترة التأجيل ثلاثة أسابيع[2] . وتقتضي دراسة هذا النص التعرف على هدف المشرع من تقنينه، ثم من له الحق في طلبه، أنواعه، سلطة محكمة الموضوع في قبول أو رفض طلب التأجيل ومعيار ذلك. وأخيراً التعرف على أسباب كثرة تأجيل القضايا أمام المحاكم.

الهدف من نص المادة ٩٨ مرافعات :

إن الهدف من هذا النص هو حث القضاة والخصوم على تلافي تأجيل نظر الدعوى بغير مبرر[3] . ولكن هذا لايعني شل يد القاضي أو المساس بما يراه مناسباً صيانة لحق الدفاع أو ملائماً لإمكانية الفصل في الدعوى[4] ، بل إن على المحكمة أن تجيب الخصم إلى طلب تأجيل نظر الدعوى متى وجد مقتضى لذلك. ولذا فإن حرمان الخصم من هذا الأجل يعني الإخلال بحقوقه في الدفاع ويستتبع بطلان الحكم بناء عليه[5] .

---

(١) أ.د. فتحي والي، الوسيط، بند ٢٧٦ص٤٦٥، ٤٦٦.

(٢) والمقصود بتأجيل نظر الدعوى هو إعطاء الخصم مهلة زمنية مقبولة لإعداد دفاعه. أد. وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، بند ٤٥ ص٢٢٤.

(٣) مذكرة اللجنة التشريعية بمجلس الأمة.

(٤) أ.د. فتحي والي، الوسيط، بند ٢٧٦ ص٢٦٦.

(٥) أ.د. وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم. بند ٤٥ ص٢٢٤.

من له الحق في طلب تأجيل الدعوى :

أما عن الحق في تأجيل الدعوى فإنه يكون للمحكمة متى رأت أن من مصلحة العدالة تأجيل نظر الدعوى، بل يجب عليها في بعض الأحوال تأجيل نظر الدعوى سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من أحد الخصوم، كما يكون هذا الحق أيضاً لأي من الخصمين المتنازعين، وإن كان طلب التأجيل في أغلب الأحوال يقدم من المدعى عليه[1] . كذلك يجوز للمتدخل في الدعوى أو المدخل فيها رغم إرادته أن يطلب من المحكمة تأجيل نظر الدعوى حتى يتمكن من إعداد دفاعه فيها[2] .

أنواع التأجيل :

يتنوع تأجيل الدعوى وفقاً لظروف كل حالة على حدة، فقد يكون التأجيل حتمياً أو قانونياً، وبالتالي يتعين على المحكمة أن تؤجل نظر الدعوى متى طلب منها ذلك، وقد يخضع طلب التأجيل لسلطة محكمة الموضوع، فيكون لها أن تجيب الخصم إلى طلبه كلما طرأ عنصر جديد في القضية يقتضي أجلاً للاستعداد أو للرد عليه[3] ، أو لاتجيبه متى تبين لها أن طلب التأجيل لايقصد به سوى التسويف والمماطلة بقصد عرقلة سير الخصومة أكبر وقت ممكن. وسوف نتعرض لنَوْعَي

---

(١) ولايسري هذا القول على شهود الدعوى. أ.د أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، ص٤٤١.

(٢) بشرط أن يكون قد أخذ صفة الخصم فيها، حيث يكون له ما للخصوم وعليه ما عليهم. راجع رسالتنا للدكتوراه. اختصام الغير في الخصومة في قانون المرافعات المصري والمقارن، ١٩٩١ كلية الحقوق جامعة القاهرة ص١٨٨ ومابعدها.

(٣) أ.د. وجدي راغب، مبادىء القضاء المدني، ص٤٤٥.

التأجيل فيما يلي:

أولاً : الأجل القانوني أو الحتمي[1] :

وهو ذلك الذي يقننه المشرع بهدف تمكين الخصم من الدفاع عن نفسه، وقد يقرر المشرع هذا الأجل إما قبل البدء في نظر الدعوى[2] .. مثل ميعاد التكليف بالحضور[3] . حيث تنص المادة ٦٦ من قانون المرافعات على أن "ميعاد الحضور خمسة عشر يوماً أمام المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف، وثمانية أيام أمام محاكم المواد الجزئية[4] ، وأربع وعشرون ساعة في الدعاوى المستعجلة"[5] . والحكمة من هذا الميعاد -أي ميعاد الحضور- هي عدم مفاجأة المدعي عليه بالدعوى أو إجباره على تقديم دفاعه فور رفعها[6] . ولايترتب على عدم مراعاة مواعيد الحضور بطلان صحيفة الدعوى، وذلك بغير إخلال بحق المعلن إليه في طلب التأجيل

---

(١) أ.د. وجدي راغب، الاشارة السابقة.

(٢) أ.د . فتحي والي، الوسيط، بند ٢٧٦ ص٤٦٥.

(٣) وميعاد الحضور هو الحد الأدنى الذي يجب أن يمضي بين تاريخ إعلان صحيفة الدعوي وبين تاريخ الجلسة المحددة لنظرها، وهو لايمنح إلا للخصم في الدعوى، ويضاف إليه ميعاد مسافة بحيث يتكون من مجموعهما ميعاد واحد، وهو لايمنح للخصم إلا مرة واحدة بالنسبة للطلب الواحد غير أنه يتعين أن يمنح له في كل مرة يوجه إليه طلب يختلف عن الطلب السابق إعلانه به كما إذا عدل المدعي طلباته في سببها أو بالإضافة إليها. أما إذا انقصها أو عدلها بما لايخرجها عن تصويرها السابق فلا يلزم منح الخصم ميعاد حضور جديد. نقض مدني جلسة ١٩ نوفمبر ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن الجمعية العمومية لمحكمة النقض، الجزء الثالث ص٦٢١.

(٤) ويجوز في حالة الضرورة نقض هذين الميعادين إلى ثلاثة أيام وإلى أربع وعشرين ساعة على التوالي.

(٥) ويجوز في حالة الضرورة نقص هذا الميعاد وجعله من ساعة إلى ساعة بشرط أن يحصل الإعلان للخصم نفسه إلا إذا كانت من الدعاوى البحرية.

(٦) أ.د. وجدي راغب، دراسات ، بند ٤٧ ص٢٢٥.

لاستكمال الميعاد[1] . وهذا يعني أنه على المحكمة أن تستجيب لطلب المدعى عليه التأجيل في هذه الحالة وإلا كان حكمها باطلاً لإخلاله بحق الخصم في التأجيل[2] .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف الخرطوم[3] . بأنه " إذا حضر المدعى عليه وطلب فرصة لإعداد دفاعه فيجب على المحكمة أن تجيبه إلى طلبه متى كان هذا الطلب مبرراً. وتتلخص وقائع هذه الدعوى في أن المدعى عليه قد أعلن بورقة التكليف بالحضور في نفس اليوم المحدد للجلسة، وقد حضر المدعى عليه وصدر حكم ضده رغم اعتراضه الذي مؤداه أن المحكمة لم تمنحه فرصة مناسبة لإعداد وتقديم دفاعه. وقد استطردت محكمة الاستئناف فقالت بأنه كان يجدر بمحكمة أول درجة أن تؤجل الدعوى لتمكين المدعى عليه من إعداد دفاعه".

وقد يقرر المشرع الأجل الحتمي أثناء نظر الدعوى، مثال ذلك ماتنص عليه الفقرة الأولى من المادة ١١٩ من قانون المرافعات على أنه " يجب على المحكمة في المواد المدنية إجابة الخصم إلى طلب تأجيل الدعوى لإدخال ضامن فيها إذا كان الخصم قد كلف ضامنه الحضور خلال ثمانية أيام من تاريخ إعلانه بالدعوى أو قيام السبب الموجب للضمان أو إذا كانت الثمانية الأيام المذكورة لم تنقض قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى.. " .

ولضمان جدية طلب الضمان -والذي يقدم في أغلب الأحوال من المدعى عليه- تنص المادة ١٢٢ من قانون المرافعات على أنه " إذا رأت ا لمحكمة أن طلب الضمان

(١) المادة ٦٩-٢ من قانون المرافعات.

(٢) أ.د. وجدي راغب، دراسات بند ٤٧ ص٢٢٥.

(٣) سابقة أحمد محمد أحمد ضد سعيد أحمد دريجي، استئناف الخرطوم. مجلة الأحكام -٧-١٩٣٢.

لاأساس له جاز لها الحكم على مدعي الضمان بالتعويضات الناشئة عن تأخير الفصل في الدعوى الأصلية".

ولنا ملاحظة على نص المادتين ١١٩ ، ١٢٢ من قانون المرافعات، فالأول آمر حيث يوجب على المحكمة أن تؤجل نظر الدعوى متى توافرت إحدى حالاته وهذا يسمى بالتأجيل الحتمي، ولاجدال في أن الإخلال بحق الخصم في التأجيل في هذه الحالات يؤدي إلى بطلان الحكم[1] . أما نص المادة ١٢٢ فإنه ليس نصاً آمراً وإنما يجوز للمحكمة بموجبه أن تحكم بالتعويض أو لاتحكم به وفقاً لما تراه، بل إن أغلب الفقه[2] ، يرى أن الحكم بالتعويض جوازي للمحكمة حتى ولو ثبت حصول الضرر، ولايحكم به إلا بناء على طلب خصم المدعي بالضمان في الدعوى الأصلية.

وهكذا يتضح التناقض بين النصين، فالأول يوجب على المحكمة التأجيل متى توافرت مفترضات النص، أما الثاني فإنه يجيز للمحكمة الحكم بالتعويض ولو ثبت لها أن طلب الضمان لا أساس له من الصحة وإنما قدم بقصد عرقلة سير الخصومة. أي تناقض هذا ؟!

ألم يكن من الأفضل جعل الحكم بالتعويض وجوبياً عند تحقق مخالفة نص المادة ١٢٢- كما كان الحكم بالتأجيل حتمياً وفقاً لنص المادة ١/١١٩ مرافعات- وذلك حتى لايتخذ الخصم هذا النص كمطية للمراوغة والتسويف.

---

(١) وجدي راغب، دراسات، بند ٤٩ ص٢٢٦.

(٢) أ.د. عبدالمنعم الشرقاوي الوجيز في قانون المرافعات ١٩٥٤ بند ٢٦٠ ص٣٩٥. أ.د. أحمد أبو الوفا التعليق على قانون المرافعات ص٥٥٩. أ.د. أحمد مسلم، أصول بند ٥٥٤ ص٥٨٩. د. إبراهيم نجيب سعد ، القانون القضائي الخاص ص٦١٥.

لكل ماتقدم فإننا نتفق مع بعض الفقه[1] ، في أنه إذا ما اجتمعت مفترضات إعمال نص المادة ١٢٢ مرافعات كان لزاماً على المحكمة أن تقضي بالتعويض على المدعي بالضمان[2] . ولذلك فإننا نقترح تعديل نص المادة ١٢٢ ليصبح على النحو الآتي : إذا ثبت للمحكمة أن طلب الضمان لا أساس له وجب عليها ومن تلقاء نفسها الحكم على المدعى به بالتعويضات الناشئة عن تأخير الفصل في الدعوى الأصلية.

ولاشك في أن هذا التعديل يحقق العدالة بين الخصوم، فضلاً عن أنه يقطع الطريق أمام الخصم سيىء النية الذي يطلب إدخال ضامن في الخصومة كوسيلة للوصول إلى تأجيل القضية بغير مبرر مما يلحق ضرراً بسير العدالة، لأن تأخير نظر القضية عن الجلسة المحددة لها لايقتصر ضرره على تلك القضية بل يتعداها إلى إيقاع الاضطراب في سير العمل القضائي بأجمعه[3] . فمتي ثبت للمحكمة أن الخصم لايقصد سوى عرقلة سير الخصومة وجب الحكم عليه بدون تأخير، وإلا كان القاضي آثماً عند الله تعالي، لأنه يقر الظالم على ظلمه ويفتح أمامه أبواب التحايل فيصبح القضاء وسيلة لأكل أموال الناس بالباطل كما قال تعالى ﴿لِتَأْكُلُواْ فَرِيقاً مِن أَموَالِ النَّاس بِالإِثمِ وَأَنتُم تَعلَمُونَ﴾ ولذلك حذر القرآن الكريم منه في أول الآية فقال

(١) أ.د. أحمد ماهر زغلول، دعوى الضمان الفرعية ١٩٨٦ بند ١٧٥ ص٢٣٤ ومابعدها.

(٢) وهي : ١- سبق تعرض المحكمة لموضوع الضمان أثناء نظر الدعوى الأصلية. ٢- أن يتبين للمحكمة أن طلب الضمان لم يقصد به سوى تأخير الفصل في الدعوى الأصلية. ٣- أن يترتب على تأخير الفصل في الدعوى الأصلية حدوث ضرر لخصم طالب الضمان. أ.د. أحمد ماهر زغلول، دعوى الضمان، الاشارة السابقة.

(٣) المذكرة الايضاحية للقانون النمساوي، وردت في قواعد المرافعات في التشريع المصري، والمقارن ، محمد وعبدالوهاب العشماوي الجزء الثاني ١٩٥٨ ص٦٦ هامش رقم ٣.

تعالى : ﴿ وَلاَ تَأْكُلُواْ أَموَالَكُم بَينَكُم بِالبَاطِلِ، وَتدلُوا بِهَا إِلىَ الحُكَّامِ ﴾[1] وبذلك تنقلب وظيفة القضاء رأساً على عقب[2].

ومن أمثلة الأجل الحتمي الذي يقرره المشرع أثناء نظر الخصومة ماتنص عليه المادة ١٣٥ من قانون المحاماة من أنه "٠٠ يتعين على المحكمة في حالة تنازل المحامي عن التوكيل تأجيل الدعوي المدة الكافية لتوكيل محام آخر"٠ والحكمة التي ابتغاها المشرع من وجوب تأجيل الدعوى في حالة تنازل المحامي عن التوكيل هي تمكين الموكل من توكيل محام آخر للدفاع عن مصلحته فيها٠ ويترتب على الإخلال بحق الخصم في التأجيل بطلان الحكم[3] ٠ مالم يثبت للمحكمة أن طالب التأجيل سيىء النية، ويكون ذلك كذلك، إذا كان الغرض من التنازل هو الرغبة في إطالة أمد الخصومة أمام المحكمة٠

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه " لما كان الطاعن قد وكل محامياً آخر حضر عنه في الاستئناف وصرحت له المحكمة بتقديم مذكرة بدفاعه ثم رأت المحكمة في حدود سلطتها الموضوعية أن طلبه بإعادة القضية للمرافعة-لإخطار موكله بالتنازل حيث وكل محامياً آخر عنه -بعد أن حجزتها للحكم هو طلب غير جدي، لم يقصد به سوى إطالة أمد الخصومة، ومن ثم فإن النعي على حكمها بأنه خالف

(١) سورة البقرة الآية ١٨٨٠

(٢) محمد مصطفى الزحيلي- مرجع سابق ص١٣٢٠

(٣) أ٠د٠ وجدي راغب، دراسات بند ٤٩ ص٢٢٦٠

القانون أو أخل بحق الدفاع يكون على غير أساس"[١] . وقضت أيضاً بأنه " لما كان الطاعن قد استكمل دفاعه في الدعوى فإن تحديه بنص الفقرة الأخيرة من المادة ١٣٥ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ يصبح عديم الجدوى، لأن المشرع لم يقصد من هذا النص سوي تمكين الخصم من إبداء دفاعه إذا تنازل محاميه عن التوكيل، ومن ثم يكون النعي على الحكم المطعون فيه بهذا السبب على غير أساس"[٢] .

ثانياً : الأجل التقديري :

وهو الذي يكون بموجبه للمحكمة سلطة تقديرية في تأجيل نظر الدعوى، سواء من تلقاء نفسها، كما لو وجدت أن جدول الجلسة مزدحم بقضايا أكثر مما تستطيع نظره في يوم واحد[٣] ، أو بناء على طلب من أحد الخصوم. وما أكثر طلبات التأجيل التي تبدى من الخصوم، وبصفة خاصة تلك التي تقدم من المدعى عليه. ومما يؤسف له أن أغلب هذه الطلبات يكون لسبب واهٍ أو بغير سبب في الكثير من الحالات، ولاننكر هنا الدور الفاعل الذي تؤديه نصوص قانون المرافعات والتي من خلالها يستطيع المدعى عليه أن ينكل بخصمه كيف يشاء، حيث يخفى نيته تحت ستار الإجراءات القانونية.

---

(١) نقض مدني جلسة ١١ يناير ١٩٧٧ الطعن رقم ٦٣٦ لسنة ٤٢ ق مجموعة النقض س٢٨ ص١٩٤ ومابعدها.

(٢) نقض مدني جلسة ٦ ديسمبر ١٩٧٥ الطعن رقم ٥٦٥ لسنة ٣٩ ق مجموعة النقض س٢٨ ص١٥٦٦.

(٣) أ.د. فتحي والي، الوسيط، بند ٢٧٢ ص٤٦٦. وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تؤجل إصدار الحكم لأكثر من مرة. نقض مدني جلسة ١٢ مايو ١٩٦٦ الطعن رقم ١٠ لسنة ٣٣ ق. مجموعة النقض س١٧ ص١١٢١.

إجابة طلب التأجيل كلما طرأ عنصر جديد في القضية :

من المستقر عليه في الفقه[1] ، أنه يجب على المحكمة أن تمنح أجلاً للخصم بناء على طلبه، كلما طرأ عنصر جديد في القضية يقتضي استعداداً جديداً، ويعد عنصراً جديداً يوجب على المحكمة تأجيل نظر الدعوى إثارة دفوع جديدة أو التمسك بسند قانوني جديد يصل إلى حد التغيير في الأساس القانوني للدعوى[2] ٠كما لو صدر قانون جديد [3] ، أو اقتصر الأمر على إجراء تعديل في القانون القائم، بحيث يؤثر هذا أو ذاك على الخصومة المطروحة أمام المحكمة، هنا يكون للخصم صاحب المصلحة أن يطلب تأجيل نظر الدعوى حتى يتمكن من إعداد دفاعه في ضوء هذه المستجدات٠ فإذا اعتدت المحكمة بهذه المستجدات وبنت الحكم عليها رغم حرمان الخصم من الأجل فإنها تكون بذلك قد أخلت بحقوقه في الدفاع مما يؤدي إلى بطلان الحكم٠

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه " إذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه وأوراق الطعن أن طرفي الخصومة طلباً بجلسة ١٨ إبريل ١٩٧٤ حجز الاستئناف للحكم مع تقديم مذكرات، ثم قررت المحكمة إصدار حكمها بجلسة ١٩مايو ١٩٧٤ ورخصت لمن يشاء من الطرفين بتقديم مذكرات في عشرة أيام دون أن تحدد موعداً لكل من الطرفين ليقدم مذكرته في خلاله حتى تتاح الفرصة للآخر

---

(١) أ٠د٠ وجدي راغب دراسات بند ٥١ ص٢٢٧، ٢٢٨٠

(٢) أ٠د٠ وجدي راغب دراسات بند ٥١ ص٢٢٨٠

(٣) J. MIGUET. immutabilite et evolution du litige. these. toulouse . 1977 n365 p43 .

الرد عليه، وكان المطعون ضده قد تقدم بمذكرة سلمت صورتها للطاعن في ٢٧ ابريل ١٩٧٤ قبل الأجل المحدد لتقديم المذكرات بيوم واحد -تضمنت لأول مرة دفعاً ببطلان إعلان صحيفة الاستئاف وآخر باعتبار الاستئناف كأن لم يكن، فطلب الطاعن في ٤ مايو ١٩٧٤ إعادة الدعوى إلى المرافعة ليتمكن من الرد على هذين الدفعين، غير أن المحكمة لم تستجب لهذا الطلب ثم عولت في قضائها على مادفع به المطعون ضده في مذكرته المشار إليها فحكمت باعتبار الاستئناف كأن لم يكن، فإنها بذلك تكون قد صادرت حق الطاعن في الرد على مأثير في الدعوى من دفوع جديدة مما يعد إخلالاً بمبدأ المواجهة بين الخصوم وخروجاً على القواعد الأساسية التي تكفل عدالة التقاضي، ويكون الحكم المطعون فيه قد شابه البطلان لإخلاله بحق الدفاع[1] .

ولكن هل يجوز للمحكمة أن تؤجل نظر الدعوى بناء على طلب أحد الخصوم لمرة ثانية ولذات السبب ؟

الأصل أنه لايجوز -وفقاً لنص المادة ٩٨ من قانون المرافعات- تأجيل الدعوى أكثر من مرة لسبب واحد يرجع إلى أحد الخصوم؛ وهو مايعني أنه ليس للمحكمة إجابة طلب خصم التأجيل لسبب معين إلا مرة واحدة[2] ؛ وذلك رغبة من المشرع في حسم المنازعات في أقرب وقت وبأقل النفقات· ومع ذلك فإن النص لايمنع تكرار التأجيل لنفس السبب -ولوبناء على طلب الخصم- إذا كان سبب التأجيل لايرجع إليه

(١) نقض مدني جلسة ٢٩ مارس ١٩٧٨ الطعن رقم ٨٠٥ لسنة ٤٤ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٩ ص٨٨٧·

(٢) أ·د· فتحي والي، الوسيط، بند ٢٧٦ ص٤٦٦·

كما هو الحال بالنسبة للتأجيل حتى يقدم الخبير تقريره، كما أن هذا النص لايمنع تكرار التأجيل -ولو كان سبب التأجيل يرجع للخصم- إذا كان السبب يختلف في كل مرة[1] .

ونتيجة لذلك -ووفقاً لنص المادة ٩٨ مرافعات- فإنه إذا كان لايجوز للمدعى عليه أن يطلب من المحكمة تأجيل نظر الدعوى لسبب معين إلا مرة واحدة، لكنه يستطيع أن يطلب التأجيل مرات عديدة مادام السبب مختلف في كل مرة، فله أن يطلب تأجيل الدعوى مرة للاطلاع وأخرى للاستعداد، وله الحق في طلب التأجيل لإعلان شهوده، وقد يتطور الأمر فيطالب بإحالة القضية للتحقيق، وقد يتنازل عن هذا الطلب في وقت لاحق، ثم سرعان مايدفع بالطعن في صحة المستند المقدم من خصمه في الدعوى، وقد يروق للمدعى عليه إدخال شخص من الغير في الخصومة لا لشيء إلا لمجرد التسويف والمماطلة، فإذا ماوجد المحكمة تتأهب للفصل في الخصومة طلب رد أحد قضاتها ثم يتنازل عن هذا الطلب بعد ذلك، وقد يدفع بعدم دستورية إحدى المواد التي تطبق على الخصومة، ليس هذا فحسب بل له الحق في طلب فتح باب المرافعة بعد إغلاقها بحجة أن لديه أدلة جديدة لم يكن في مقدوره تقديمها أثناء سير الدعوى.

نعم إن الخصومة أمام القضاء تسلخ وقتاً طويلاً يستطيع من خلاله المدعى عليه أن ينكل بالمدعي، الأمر الذي يجعل تحقيق العدالة مطلباً صعب المنال إن لم يكن

---

(١) أ.د. فتحي والي، الإشارة السابقة.

مستحيلاً في بعض الأحوال[1] .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه " لما كان المدعى عليه (الطاعن) قد عمل على عرقلة حصول المدعي (المطعون عليه) على حقه برفع إشكالات في التنفيذ وتسخير الغير في رفع ثمانية دعاوى استرداد قضى فيها جميعاً بالرفض، إن هذا اللدد في الخصومة من جانب المدعى عليه وإسرافه في المضارة بها عامداً، واتخاذه إياها أداة للكيد للمدعى، ووسيلة لإيذائه، والانتقام منه على صورة شاذة تدل على تأصل روح الشغب والاستهتار لدى المدعى عليه بدليل تمسكه بأطيان المدعي، وبقائه فيها ، وعدم خضوعه للأحكام المتكررة الصادرة لصالح المدعي٠ وحيث أن مسلك المدعى عليه هذا استنفد من وقت المدعى ومجهوده وماله الشيء الكثير ليجابه نشاط خصمه وليعلى حقه على باطله في دعاوى مدنية كثيرة أمام عدة محاكم، إن مسلك المدعى عليه ينطق بأنه اتخذ المشاكل مع المدعى صناعة له وهواية وجعل ديدنة مهاجمته والعمل على إقلاق راحته لمدة أحد عشر عاماً"[2] .

---

(١) والأصل -في حياة البدو- أن الموعد المتفق عليه لايقبل التقديم أو التأخير، والهدف من ذلك هو سرعة البت في القضايا المتنازع عليها وخوفاً من نشوء مضاعفات لاتحمد عقباها من جراء المماطلة ومرور الزمن، لأن المماطلة في تأدية الحق تعرض البدوي للاستهزاء من قبل أفراد مجتمعه مما يدفعه إلي التفكير باتباع طرق أخرى غير طريق القضاء من أجل الوصول إلى مايعتقد أنه حقه٠ ومن هنا اتفق قضاة البدو على حصر الحالات التي يصح اعتبارها أعذاراً من أجل تأجيل الدعوى فيما يلي :١- حدوث أمطار غزيرة وسيول جارفة تحول دون السفر في الموعد المحدد لنظر الدعوى ٢- الفزعة، وهي تعرض عشيرة أحد الطرفين المتنازعين للغزو وهذا يحول دون مغادرة أي فرد من أفراد العشيرة ٣- المرض المقعد ٤- طلب الحكومة، ويشترط أن يكون هذا الطلب الزامياً٠ للمزيد من التفصيلات حول هذا الموضوع انظر: محمد أبو حسان٠ تراث البدو القضائي نظرياً وعملياً من منشورات دائرة الثقافة والفنون١٩٧٤٠ ص٧٨٠

(٢) نقض مدني جلسة ٢٧ مارس ١٩٥٢ القضية رقم ٢٦٩ لسنة ٢٠ ق مجموعة النقض س٢ ص٩١٦٠

إن قانون المرافعات بوضعه الحالي يعطي الخصوم آجالاً طويلة دون قيد أو شرط، تارة لتقديم المستندات وأخرى للإطلاع عليها وثالثة للرد عليها ورابعة لتبادلها وغيرها من الأسباب العديدة والتي غالباً ماتكون واهية أو غير منطقية، كل هذا يؤدي إلى إطالة أمد التقاضي وازدحام المحاكم بكم هائل من الخصومات، بل لانجاوز الحقيقة إذا قلنا بأن القاضي -في بعض الأحوال- يسعد في داخله متى طلب أحد الخصوم تأجيل نظر الدعوي ولايهمه بعد ذلك إن كان طلب التأجيل جدياً من عدمه، والسبب في ذلك هو عدم التناسب بين عدد القضايا التي يجب عليه أن يفصل فيها في جلسة واحدة وقدراته كإنسان.

سلطة محكمة الموضوع في قبول أو عدم قبول طلب التأجيل :

من الثابت أن لمحكمة الموضوع سلطة تقديرية في تأجيل نظر الدعوى، حيث يجوز لها تأجيل نظر الدعوى سواء من تلقاء نفسها[1] ، أو بناء على طلب من أحد الخصوم، كما يكون لها أن ترفض هذا الطلب[2] ، إذا تبين لها أن طلب التأجيل

(١) كما في حالة نقل أعضاء الهيئة التي نظرت الدعوى حيث يتعذر على الباقين إجراء المداولة. ويعد من قبيل ذلك أيضاً حالة إدخال المحكمة لشخص من الغير في الخصومة لإظهار الحقيقة أو لمصلحة العدالة في الدعوى (المادة١١٨ من قانون المرافعات).

(٢) ولكنها تخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض. أ.د. وجدي راغب، داسات في مركز الخصم، هامش رقم ١٠٠ ص٢٢٧. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض في أحد أحكامها بأنه " إذا كانت المحكمة قد منحت الخصوم أجلاً كافياً لإبداء دفاعهم قبل أن تحجز القضية للحكم، وكان الطاعن لم يعترض على الأجل الذى حددته المحكمة لتقديم المذكرات عند حجزها للحكم كما أنه لم يطلب منها مد أجل النطق بالحكم لتقديم مذكرة بدفاعه لا يكون له بعد ذلك أن يطعن على الحكم بأن المحكمة التي أصدرته قد أخلت بحق في الدفاع لعدم منحه مدة كافية لتحضير دفاعه. نقض مدني جلسة ١٩ يونيه ١٩٦٩ مجموعة النقض س٢٠ ص١٠٠٢ .

لامبرر له.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه " ليس على المحكمة أن تجيب كل طلب للتأجيل يتقدم به الخصم إليها متى تبين أن الدعوى مستوفاه[1] ، أو أن طلب التأجيل لامبرر له[2] . فإذا كانت المحكمة قد استكملت في الدعوى دفاع الخصوم ثم منحتهم أجلاً كافياً لتقديم المذكرات والمستندات فإنها لاتكون ملزمة بعد ذلك بإجابة تأجيل النطق بالحكم مرة أخرى لتقديم مذكرات متى كانت قد كونت عقيدتها مما أبدى في الدعوى وماقدم فيها من أوراق[3] . فإذا رفضت طلب التأجيل فإنها لاتكون قد أخلت بحق الدفاع، لأن إجابة مثل هذا الطلب أو عدم إجابته وتقدير العذر الذي منع من تقديم المذكرات في الميعاد كل ذلك من إطلاقات محكمة الموضوع" [4] .

وفي نفس الاتجاه قضت المحكمة العليا بأنه: " إذا كانت المحكمة قد رفضت طلب التأجيل المقدم من أحد الخصوم لاشتغال محاميه بعمل آخر، فإنها لاتكون قد جاوزت سلطتها ولاتكون قد أخلت بحق هذا الخصم في الدفاع متى كانت قد أذنت له في تقديم مذكرة بدفاعه قبل النطق بالحكم. كذلك ليس على المحكمة أن تجيب الخصم إلى طلبه تأجيل القضية لجلسة أخرى ليعين محامياً، إذا كان قد أعلن في

---

(١) نقض مدني، جلسة يناير ١٩٥٦ الطعن رقم ٣٢٤ لسنة ٢١ ق.

(٢) نقض مدني، جلسة ١٠ مارس ١٩٤٩ الطعن رقم ١٤٥ لسنة ١٧ق.

(٣) نقض مدني، جلسة ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ الطعن رقم ٢٧٧ لسنة ٢١ ق، وجلسة ١٩ يناير ١٩٥٦ مجموعة النقض س٧ ص١٠١، وجلسة ١ مايو ١٩٥٨ مجموعة النقض س٩ ص٣٨٢، وجلسة ٢٢ يونيه ١٩٦٧ مجموعة النقض س١٨ ص١٣٦٦، وجلسة ٣ يوليو ١٩٦٩ مجموعة النقض س٢٠ ص١١١٨.

(٤) نقض مدني، جلسة ٢٨ ابريل ١٩٦٦ مجموعة النقض س١٧ ص٩٣٨.

الميعاد القانوني وكان يستطيع تعيين محاميه من وقت الإعلان"[1] . وقضت أيضاً بأن " نص المادة ١١٩ مرافعات صريح في أنه إذا لم يكن الخصم قد كلف ضامنه بالحضور في الموعد المحدد أو تكون الجلسة المحددة للدعوى الأصلية قد حلت قبل انقضاء هذا الأجل فإن المحكمة لا تلتزم بالتأجيل لادخال ضامن وإنما يكون لها أن تجيب طالب الضمان أو لاتجيبه إلى طلبه بحسب ماتراه"[2] .

وفي جميع الأحوال فإنه يكون لمحكمة الموضوع أن تعدل عن قرارها بالتأجيل أو رفض التأجيل لأنه حكم تحضيري ينظم سير الخصومة وليس حكماً قطعياً [3] .

معيار قبول أو عدم قبول طلبات التأجيل المتكررة :

لايستفاد مما تقدم أنه يجب على المحكمة -في جميع الأحوال- أن تقرر عدم قبول طلبات التأجيل التي يتقدم بها المدعى عليه ولو كانت متكررة، مادامت مبررة، أي لازمة للفصل في الدعوى على نحو يحقق العدالة، وإنما يتعين على المحكمة وهي تعمل سلطتها الشرعية في مراقبة طلبات التأجيل أن تميز بين أمرين :

---

(١) نم، جلسة ١٩ ديسمبر١٨٩٦ مجلة القضا،١٨٩٧ ٣٠. وفي نفس المعنى حكم بأن " محكمة الجنح المستأنفة ليست ملزمة بتأجيل القضية بناء على طلب المتهمين بسبب عدم حضور المحامي عنهم لأنه كان للمتهمين سعة من الوقت من يوم طعنهم بالاستئناف لكي يوكلوا عنهم محامياً فإذا لم يكونوا قد فعلوا أو كانوا قد وكلوا محامياً ولم يحضر فالاهمال واقع منهم أو من المحامي عنهم ولايبطل الحكم لعدم إجابة المحكمة طلب التأجيل". نقض جنائي جلسة ٥ديسمبر ١٩١٤ مجلة الشرائع س٢ ص١١١. مرجع القضاء رقم ٧٦٦٧ ص١٩٧٦ .

(٢) نقض مدني، جلسة ٢٢ يونيه ١٩٧٨ الطعن رقم ٨٩٥ لسنة ٤٤ق .

(٣) أ.د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ٢٢٦، ٢٧ .

الأول : الهدف من طلبات التأجيل هو المماطلة أو التسويف DILATOIRE :

أي محاولة الحصول على أكبر قدر ممكن من الآجال، حيث يخفى طالب التأجيل نيته في اللدد في الخصومة تحت ستار الإجراءات القانونية عن طريق طرح دفوع واهية أو مجردة من الأساس أمام القضاء وإلزامه بالفصل فيها بهدف تأخير الحكم في القضية[1] ، في هذه الحالة يكون المدعى عليه قد أخل بواجب السير في الخصومة بحسن نية[2] ، الأمر الذي يؤدي إلى مسئوليته تجاه خصمه نتيجة لذلك٠

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة المنيا الكلية بالتعويض على المدعى عليها التي أساءت استعمال حقها في طلب التأجيل٠ وتتخلص وقائع هذه القضية في أن المدعي كان يداين المدعى عليها في مبلغ ٢١١٠ جنيهاً بسندين أحدهما ١٠٠٠ جنيه والثاني ١١١٠ جنيه مشروط فيهما التقاضي نهائياً أمام محكمة ملوى، فلما استحق السند الأول رفع به دعوى تحدد لنظرها جلسة ١٥ ديسمبر ١٩٢٥، وفي

(١) أ٠د٠ عزمي عبدالفتاح، نحو، نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدني، ص٢٤٨، انظر أيضاً : أ٠د٠ أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام ١٩٨٠ الطبعة الرابعة بند ٦٠ ص١٦٠٠

- Jean Viatte, L'amende civile pour l'abus du droit de la plaidier Gazzette du palais 1972-3- p305 . - Yvon - Desdevises, op. cit p. 21 .

(٢) أ٠د٠ وجدي راغب، مبادىء ص٤٤٩٠ وقد نصت على هذا الواجب المادة ٨٨-١ من قانون المرافعات الايطالي والمادة ٢٤ من قانون المحكمة العليا الانجليزي٠ وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات بأنه " لايعيب الحكم إغفاله الرد على دفاع لايستند إلى أساس قانوني صحيح، لما كان ذلك وكان الثابت في الأوراق أن الدعوى أحيلت إلى الدائرة الكلية لنظرها بجلسة ١٩٩٠/١٢/٢٤ وكان ذلك في حضور محامي الطاعنة وبناء على طلبه وطلب باقي الخصوم وإذ علموا جميعاً بالجلسة التي حددت لنظر الدعوى بعد إحالتها فلا محل بعد ذلك لإعلان أيهم بها وبالتالي فلا تثريب على الحكم المطعون فيه إن هو اعرض عما أثارته الطاعنة بشأن عدم إعلانها بتلك الجلسة لأنه دفاع ظاهر الفساد" جلسة ٢٩ يونية ١٩٩٣ الطعن رقم ٢٦٤ لسنة ١٤ قضائية، مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المواد المدنية والتجارية والشرعية المدنية والأحوال الشرعية س١٥ ص١١١٨٠

غضون إعلان هذه الدعوى استحق السند الثاني فتعدل الطلب إلى المبلغ جميعه، ثم لجأت المدعى عليها إلى طلب التأجيل مراراً حتى طعنت بالإنكار على السند الذي قيمته ١١١٠ جنيه، وبذلك دخل الأمر في نزاع كيدي استمر أمام محكمة ملوى وأسيوط الابتدائية زهاء الخمس سنوات، وانتهى النزاع بالحكم بصحة السند المطعون عليه ابتدائياً في ٤ يونية سنة ١٩٢٩ ونهائياً في ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٠، وأنه بسبب هذا الدفاع الكيدي الذي أطال أمد الفصل في الدعوى تكبد المدعي أتعاباً كثيرة لمحامين ومصاريف انتقال وأتعاب خبيرين استشاريين فضلاً عما لحقه بسبب الطعن بالانكار من إساءة إلى سمعته وما استحوز عليه طول مدة التقاضي.

" وحيث أنه يتضح من الاطلاع على القضية طلب الوكيل عن المدعى عليها تأجيل القضية للاستعداد فتأجلت الدعوى لجلسة ١٢ يناير ١٩٢٦ وفيها أعاد الحاضر عن وكيلها طلب التأجيل للاستعداد ولإدخال ضامنين في الدعوى لأنه يجوز أن يكونا قد سددا المبلغ، فلما رفضت المحكمة طلبه قرر أنه يطلب التأجيل للطعن على السند الذي قيمته ١١١٠ جنيه فتأجلت الدعوى لجلسة ٢٦ يناير سنة ١٩٢٦ وفيها قرر الوكيل عن المدعى عليها أنه متفق مع زميله وكيل المدعي على التأجيل للصلح فتأجلت لجلسة ٢ فبراير ١٩٢٦، وفيها طعن وكيل المدعى عليها بإنكار السند الذي قيمته ١١١٠ جنيه واعترف بالثاني فقضى بقيمته وأحيلت الدعوى على التحقيق بالنسبة للطعن بالإنكار، ثم تعين فيها خبير قال بعدم صحة توقيع المدعى عليها على السند المطعون فيه، الأمر الذي اضطر المدعي لأن يطيل بحثه عن مستندات قاطعة للنزاع حتى تمكن في النهاية من إثبات صحة توقيع المدعى عليه

على السند محل الطعن بالتزوير، وهكذا تبين للمحكمة أن المدعى عليها كانت تقصد بمرافعتها وادعاءتها في القضية مكيدة خصمها المدعى باعترافها بصحة السند ثم انكارها لتصل بذلك إلى مد أجل النزاع والنيل من خصمها جزاء مطالبتها بحق ترى هدره والافلات منه ولو جر إلى مسئولية الغير والمساس بسمعته[1] .

الثاني :الهدف من طلبات التأجيل هو التحري والتثبت من أمور جوهرية لازمة لإظهار الحقيقة في الدعوى :

وفي هذه الحالة يكون للمحكمة إجابة طلبات التأجيل المقدمة من المدعى عليه، ولو كانت متعددة، مادامت ضرورية لتحقيق العدالة في الخصومة·

وتطبيقاً لذلك طرحت أمام محكمة مصر الكلية الأهلية قضية تتلخص وقائعها[2] ، في أن شخص قد توفي ولم يترك ورثة، فآلت تركته إلى وزارة المالية (بيت المال)، ثم رفع أحد دائني المتوفى دعوى على الوزارة يطالبها بسداد دينه، فأعلنت الوزارة الشك في صحة السند ووجود الدين، وطلبت ندب خبير لفحص الإمضاء، وتأجلت قضية الدين ثماني دفعات، ثم حكم للدائن· وقبل أن يعلن حكمه، رفعت على الوزارة دعاوى بديون أخرى، فترتب على تأخير الفصل في قضية الدائن الأول مزاحمة الدائنين الآخرين له في قيمة التركة، فطالب الدائن الأول الوزارة بتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب تأجيلها الدعوى دفعات متعددة· غير

---

(١) محكمة المنيا الكلية الأهلية جلسة ٢٦ اكتوبر ١٩٣١ مجلة المحاماة س٥ ص١٠١٤· وفي نفس الاتجاه قضت محكمة النقض بأنه " للمحكمة سلطة في رفض طلب تأخير الفصل في الدعوى للادعاء بالتزوير متى تبين لها أن مقدمه لم يكن جاداً فيه، وأنه لم يبغ منه إلا مجرد المماطلة وكسب الوقت" جلسة ٥ ابريل ١٩٧٨ الطعنان رقم ٤١٣، ٤٣٢ لسنة ٤٤ ق·

(٢) أ·د· سليمان مرقص، تعليقات على الأحكام في المواد المدنية، مجلة القانون والاقتصاد ١٩٣٧ بند ١٠ ص٦٤٦·

أن المحكمة قضت بعدم مسئولية المدعى عليه (وزارة المالية) عن ذلك على سند من القول " أنه لانزاع في أن للخصوم الحق في طلب تأجيل قضاياهم، ويجيبهم القاضي إلى ذلك إذا لم يكن هناك مانع، وقد قرر المشرع بعض قواعد يسترشد بها القضاة في مسائل التأجيل، فما دام أمر التأجيل بيد القاضي، فلا يمكن التسليم بأن فعل التأجيل قد صدر بإرادة حرة من الوزارة مادام أن للسلطة الشرعية المختصة حق مراقبة مثل هذا الطلب".

وفي تأكيد حكمها بعدم مسئولية الوزارة قالت " إن المحكمة تلاحظ أن مركز وزارة المالية في دعوى الدين هو مركز صاحب حق في تركة آلت إليها بعد وفاة مورث لاتدري من أمره شيئاً إلا بعد تحريات إدارية تستدعي بلا شك وقتاً غير عادي لجمع معلومات أوبصفتها مسئولة عن أموال التركة، إذ لاتركة إلا بعد وفاء الدين، لذلك كان من الواجب على الوزارة أن تتأكد من صحة سند الدين وصدوره من المورث، فإذا ما أظهرت رغبتها في تأجيل الدعوى وإجابتها المحكمة بتأجيلات قصيرة بعضها أسبوعاً واحداً لتتحرى وتتثبت من هذا الأمر الذي له تأثير على حقوقها في التركة، فلا يمكن أن يفسر استعمال هذا الحق وهو مشروع بأن فيه إفراطاً أو خطأً أو إهمالاً" [1] .

أسباب كثرة تأجيل القضايا أمام المحاكم:

وأخيراً وفي ضوء ماتقدم يمكن القول بأن كثرة طلبات تأجيل القضايا أمام المحاكم ترجع إلى سببين هما :

---

(١) محكمة مصر الكلية الأهلية، جلسة ١٥ فبراير ١٩٣٦ مجلة المحاماة ١٩٣٧ س١٦ ص٧٦٦ ومابعدها.

أولاً : عدم وجود سياسة تشريعية واضحة ترسم للعدالة طريقها :

حيث عدم التناسب بين عدد القضاة وكمّ القضايا المطروحة عليهم الأمر الذي جعل هؤلاء القضاة غير قادرين على الفصل في هذه المنازعات على نحو يحقق العدالة ولو أرادوا تحقيقها[1] .

ثانياً : الخصوم :

أما السبب الثاني فإنه يرجع إلي الخصوم، وبصفة خاصة المدعى عليهم ومحاميهم، فإنهم يستغلون نصوص القانون بقصد عرقلة سير الخصومة أكبر وقت ممكن، ولماذا لايفعلون ذلك مادامت هذه النصوص لم تحتو على جزاءات رادعة تجعلهم يفكرون كثيراً قبل ابداء طلبات التأجيل المتكررة والتي لايقصدون منها سوى التسويف والمماطلة. فلا جزاء يوقع على المدعى عليه الذي يخالف ماتنص عليه المادة ٦٥-٢ مرافعات، بل لانجاوز الحقيقة إذا قلنا أنه لا القاضي ولا الخصوم يهتمون بهذا النص، فلم نعثر على حكم واحد يقرر توقيع عقوبة الغرامة المنصوص عليها في المادة ٩٧ من قانون المرافعات -رغم تفاهتها- إذا لم يودع المدعى عليه مذكرة بدفاعه قبل الجلسة بثلاثة أيام. كما أن مخالفة نص المادة ٩٨ من قانون المرافعات لاترتب أي بطلان سواء من ناحية تجاوز التأجيل عن ثلاثة أسابيع أوتكرار التأجيل ولو بدون أي سبب جدي[2] .

---

(١) انظر ماسبق ص٤ ومابعدها.

(٢) أ.د. أحمد أبو الوفا التعليق ص.٤٤٠ وقد جاء في تقرير اللجنة التشريعية أن المراد من نص المادة ٩٨ مرافعات هو حث القضاة والخصوم على تلافي تأجيل الدعوى بغير مبرر، ولاتثريب على القاضي مع هذا النص إن هو أفسح أو كرر التأجيل حين يرى مبرراً لذلك، ولكن يبقى الأصل في حدود ما استحسنه النص.

ولذلك يجب على المشرع أن يرفع من قيمة الغرامة على نحو يجعلها رادعة، بحيث يرفع من حدها الأقصى لتتناسب مع كل الدعاوى من حيث قيمتها، فليس من العدل الحكم بالغرامة التي لاتزيد عن مائتي جنيه على المدعى عليه المماطل ولو كانت قيمة الدعوى تقدر بالملايين. وعليه نقترح تعديل نص المادة ٩٧ من قانون المرافعات لتصبح على النحو الآتي " تجرى المرافعة في أول جلسة، وإذا قدم المدعى أو المدعى عليه في هذه الجلسة مستنداً كان في إمكانه تقديمه في الميعاد المقرر في المادة ٦٥ قبلته المحكمة إذا لم يترتب على ذلك تأجيل الدعوى، فإذا ترتب على قبول المستند تأجيل الدعوى حكمت عليه بغرامة لاتقل عن ثلاثين جنيهاً ولاتجاوز ألف جنيه".

وقد يقال أن نص المادة ١٨٨ من قانون المرافعات يجيز لمن لحقه ضرر من تأجيل نظر الدعوى المطالبة بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بهما الكيد، ولكن ثبت في الواقع أن الخصم الذي يلحقه ضرر من الدعوى الكيدية أو الدفاع الكيدي نادراً مايلجأ إلى القضاء مطالباً بالتعويض عن هذا الإجراء الكيدي[1] . خاصة وأن القانون لايجيز له المطالبة بالتعويض إلا برفع دعوى أصلية[2] .

---

(١) د. إبراهيم النفياوي. مسئولية الخصم ص٩٦٣.

(٢) وذلك باستثناء ماتنص عليه المادة ١/١٢٥ من قانون المرافعات والتي تقرر بأن للمدعى عليه أن يطلب الحكم بالتعويضات عن ضرر لحقه من الدعوى الأصلية أو من إجراء فيها ".

المبحث الثالث
إساءة استعمال المدعى عليه لحقه في رد القاضي

تمهيد :

إن مبدأ سيادة الخصوم في الدعوى وما يستتبعه ذلك من وجود مبدأ حياد القاضي في مجال الوقائع يتحدد أساساً بنطاق الدعوى المدنية حيث ينصب النزاع على المصالح الخاصة والمراكز الفردية[1] .

ويعني مبدأ حياد القاضي ضرورة أن يتخذ الأخير موقفاً سلبياً من كلا الخصمين على حد سواء[2] ؛ وذلك باعطائهم فرصاً متكافئة تمكنهم من مباشرة اجراءات الخصومة كالحق في إبداء الدفوع أو تقديم الطلبات، أما إذا خول القاضي أحد الخصوم مالم يخوله للخصم الآخر من حقوق الدفاع فقد اختل حياد القاضي واختل معه ميزان العدالة[3] .

ويتأسس مبدأ حياد القاضي على قاعدة أصولية قوامها وجوب اطمئنان المتقاضي إلى قاضيه، وأن قضاءه لايصدر إلا عن الحق وحده دون تحيز أو هوى، وإذا كانت جملة الأحكام التشريعية المنظمة لشؤون القضاء قد حرصت على تدعيم

---

(١) د٠هشام علي صادق، المقصود بسبب الدعوى الممتنع على القضي تغييره، مجلة المحاماة، ١٩٧٠س٥٠ عدد٤ ص٧٧ هامش ١.

(٢) أ٠د٠ عبدالرزاق السنهوري، شرح قانون القضاء المدني، الجزء الثاني، طبعة ١٩٥٦، ص٣٠٦، للمزيد من التفصيلات حول هذا الموضوع أنظر للمؤلف اختصام الغير في قانون المرافعات رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٩١، ص١٣٣ هامش رقم (١).

(٣) أ٠د٠ وجدي راغب، دراسات بند ١١٣ ص١٨٥، انظر أيضاً المستشار طه أبو الخير، حرية الدفاع ١٩٧١ ص٠١٠٠

وتوفير هذه الحيدة، فإنها في نفس الوقت لم تغفل عن حق المتقاضي إذا كانت لديه أسباب تدعو إلى مظنة التأثير في هذه الحيدة، إذ يجد السبيل ليحول بين من قامت في شأنه هذه المظنة وبين القضاء في دعواه[1] ، ومن هنا قام حق كل خصم[2] ، في طلب رد القاضي عن نظر النزاع ، بشرط أن يسلك طالب الرد الطريق الذي سنه المشرع دون سواه[3] . ومن أجل الإحاطة بهذا الموضوع سوف نتعرض لأسباب رد القاضي ثم نوضح كيف يستغل الخصوم حق الرد لتحقيق مآرب منهي عنها والآثار التي تترتب على ذلك، بعد ذلك نتعرف على الكيفية التي عالج بها المشرع هذا المسلك غير السوي من بعض الخصوم، وأخيراً نسجل بعض الملاحظات على سياسة المشرع المصري في هذا الخصوص.

أسباب رد القاضي :

يكون للخصم الحق في رد القاضي -وفقاً لنص المادة ١٤٨من قانون المرافعات- إذا توافر أي من الأسباب الآتية :

---

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢.

(٢) حيث يجوز طلب الرد من المدعى أو المدعى عليه أو المتدخل أو المدخل في الخصومة ولو كان سبب الرد راجعاً لخصومة بين أحد الخصوم وقريب القاضي أو صهره، كما يجوز تقديم طلب الرد من النيابة العامة إذا كانت خصماً أصلياً في الدعوى. العشماوي قواعد المرافعات بند٩٠٢.

(٣) نقض مدني جلسة ٢٤ ابريل ١٩٤١ الطعن رقم ٨ لسنة ١١ق مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً الجزء الأول ١٩٨٧ ص٣٨٥٤، وفي نفس المعنى : نقض مدني جلسة ٢٠ يناير ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض س١٧ ص١٩٥٥. وجلسة ٥ يناير ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض س ٢٩ ص٩٦. ولايعد الرد طريقاً من طرق الطعن في الأحكام، وعلى ذلك فلا يجوز الطعن في حكم صادر من محكمة الاستئناف بمقولة أنه صادر في دعوى يجوز رد القاضي عنها. استئناف مختلط جلسة ٢ يناير ١٩٤٠، س٥٢ ص٨٧.

١- إذا كـان له أو لزوجتـه دعـوى مماثلة للدعـوى التي ينظرها، أو إذا جـدت لأحدهما خصومة مع أحد الخصوم، أو لزوجته بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي مالم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المطروحة عليه. ودافع الحظر هنا هو الخشية من أن يتأثر القاضي عند نظره في الدعوى المطروحة عليه بوجهة نظره في دعواه أو دعوي زوجته فيميل إلى الحكم في الاتجاه الذي يتفق ومصلحته -باعتباره انساناً- مدفوعاً في ذلك بشعوره الطبيعي وبالرغبة في إنشاء سابقة يستند إليها في دعواه أو دعوى زوجته بعد ذلك[1] .

٢- إذا كان لمطلقته التي له منها ولد أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته مالم تكن هذه الخصومة قد أقيمت بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي بقصد رده.

٣- إذا كان للقاضي صلة قوية تتخذ مظاهر معينة بأحد الخصوم، والحالات التي تدلل على وجود هذه الصلة هي:

- إذا كان أحد الخصوم خادماً للقاضي، ومعيار وجود مثل هذه الصلة هو قيام رابطة تبعية تؤدي إلى الائتمار بأوامره والامتثال لنواهيه، وينصرف ذلك إلى الخادم والسائق والبواب والكاتب وناظر الزراعة، ولكنه لايمتد إلى المزارع أو المستأجر، كما لايعتبر الطبيب أو المهندس أو المقاول خادماً فيما

(١) أ.د. رمزي سيف قانون المرافعات بند ٥١ ص٧٧.

يقوم به من أعمال[1].

- إذا كان القاضي قد اعتاد مؤاكلة أحد الخصوم، واعتياد المؤاكلة يعني تكرار المشاركة في الطعام ولو على مائدة الغير[2].
- إذا كان القاضي قد اعتاد مساكنة أحد الخصوم، كما لو اشترك الاثنان في سكن واحد لبعض الوقت يستوي إن كانت المشاركة بأجر أو بدون أجر، ولكن لايقوم هذا السبب إذا كان القاضي وأحد الخصوم يسكنان في مبنى واحد ولكن في شقق مختلفة[3].
- إذا كان القاضي قد تلقى هدية من الخصم قبيل رفع الدعوى أو بعده، وتفترض هذه الحالة عرض من جانب الخصم وقبول من جانب القاضي، ولايكفي مجرد تقديم الهدية وإنما يشترط قبولها من جانب القاضي فإذا توافر الشرطان المتقدمان فإن الهدية ترتب أثرها وتقوم كسبب لرد القاضي[4].

(١) أ.د. أحمد أبو الوفا، التعليق ص٦٤٢. العشماوي، قواعد المرافعات الجزء الثاني بند٩٠٢. المستشار: أنور طلبة موسوعة المرافعات ١٩٩٣ ص٧٤٤.

(٢) أ.د. فتحي والي، الوسيط بند ١٠٦ ص١٧٦. أما الاجتماع العارض على مائدة شخص من الغير فإنه لايعد مؤاكلة، ولاتقتصر المؤاكلة على تناول الطعام وإنما تمتد إلى تناول المشروبات.

(٣) أ.د. فتحي والي، المرجع والاشارة السابقة.

(٤) أ.د. أحمد ماهر زغلول، دروس في المرافعات وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية وتعديلاتها المستحدثة الجزء الأول ١٩٩٣ بند ٨٨ ص٨٧. ولايشترط تقديم الهدية للقاضي بماشرة وإنما يكفي تقديمها إلى زوجته أو أحد أقاربه أو أحد أصهاره بقصد توصيلها للقاضي. مع ملاحظة أن رفض الهدية لايصلح سبباً لرد القاضي. محمد كمال عبدالعزيز، تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه الطبعة الثالثة ١٩٩٥ ص٨٩٢.

٤- إذا كان بين القاضي وأحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل . وهذا سبب عام تندرج تحته صور متعددة من الأسباب التي يثور الشك فيها حول قدرة القاضي على الفصل في الدعوى المطروحة أمامه دون تحيز إلى أحد الخصوم، وهذا يدل على أن حالات الرد قد وردت على سبيل التمثيل لا الحصر[١] . والعداوة أو المودة التي عناها المشرع في المادة ١٤٨-٤ مرافعات يجب أن تكون شخصية[٢] ، إذ لايكفي اتفاق القاضي أو اختلافه مع الخصم في آرائه الفكرية والسياسية[٣] . كما يجب أن تكون المودة أو العداوة من القوة بحيث يستنتج منها أنه لايمكن للقاضي أن يحكم بغير ميل، أي أن يكون من شأنها أن تدفعه إلى القضاء بغير الحق[٤] . وعلى ذلك فإن مجرد المعرفة أو الجيرة أو اتفاق المصالح فإنه

(١) أ.د. وجدي راغب، مبادىء، ص١٩٩، إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص بند ١٢٤ ص٢٨١، محمد كمال عبدالعزيز، التعليق ص٨٩٥. ومن الفقه من يرى أن حالات رد القاضي قد وردت علي سبيل الحصر وبالتالي لايجوز القياس عليها. أ.د. أحمد أبو الوفا، التعليق في قانون المرافعات الطبعة الخامسة ص٦٤١، أ.د. فتحي والي، الوسيط بند ١٠٦ ص١٧٨، أ.د. نبيل اسماعيل عمر، المرافعات ص٥١. وقد ذهبت بعض الأحكام الصادرة عن القضاء الأهلي إلى القول " بأن أسباب الرد المدونة في قانون المرافعات وردت على سبيل الحصر، وأما ماجاء بالفقرة الثامنة من المادة (٣٠٩) مرافعات أهلي فإنه مع احتماله لعدة فروض فإنه لايخرج عن كونه سبباً واحداً للرد وهو " احتمال عدم إمكان القاضي الحكم بغير ميل" ولايغير من ذلك أن هذا السبب الذي أراده القانون يختلف باختلاف الظروف وفقاً لكل دعوي على حدة". نقض جلسة ٢٥ مار س١٩٣٥

(٢) ولذلك فإن العمل السابق لرئيس الدائرة بنيابة أمن الدولة العليا في عهد تناوله طالب الرد بالنقد ليس من شأنه أن يولد العداوة بينهما أو صلة المودة مع خصمه. نقض ٤ نوفمبر ١٩٨٦ الطعن رقم ١ لسنة ٥٥ قضائية مجموعة أحكام النقض س٣٧ ص٧٨.

(٣) أ.د. فتحي والي، الوسيط ، بند ١٠٦ ص ١٨٠ .

(٤) استئناف مصر جلسة ٢٢ ديسمبر ١٩٣١ مجلة المحاماة س١٢ ٨٦٢.

لايعد سبباً من أسباب الرد[1] . ويلاحظ أن تقدير وجود العداوة أو المحبة من عدمه يرجع لتقدير محكمة الموضوع وفقاً لملابسات وظروف كل حالة على حدة[2] .

تعسف الخصوم في استعمال حق الرد وفقاً لنص المادة ٤/١٤٨ من قانون المرافعات :

مما يؤسف له أن أغلب قضايا الرد المطروحة أمام المحاكم تستند إلى هذا السب[3] ، أي الادعاء بوجود عداوة أو مودة بين القاضي وأحد الخصوم، فيكفى أن يفتعل الخصم أو ممثله مشادة مع القاضي لكي يطلب رده[4] . وقد يدعى طالب الرد حدوث وقائع تجعله غير مطمئن إلى قضاته فيطلب تحقيقها تحرياً للحقيقة[5] .

وإذا كان لأي من الخصوم في الدعوى الحق في طلب رد القاضي متى توافر سبب من الأسباب التي نصت علها المادة ١٤٨ مرافعات، إلا أنه لوحظ في الواقع أن المدعى عليه يسيء استخدام هذا الحق فيطوح به إلى غاية غير غايته. نعم إن أغلب طلبات الرد تقدم من المدعى عليهم وهم لايقصدون منها سوى عرقلة سير

(١) أ.د. أحمد أبو الوفا التعليق ص٦٤٣.

(٢) أ.د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ١٩٩٤ ص١١٤ ، أنظر أيضاً: استئناف مصر جلسة ٢٥ مارس ١٩٣٥ مجلة المحاماة س١٦ ص١٥٤.

(٣) حيث يصعب إثبات الأسباب الأخرى التي أشارت إليها المادة ١٤٨ مرافعات، كما أن القاضي من جهة أخرى يتنحى وجوباً -في الغالب- حينما يقوم به أي سبب من الأسباب سالفة الذكر. د. علي عوض حسن، رد ومخاصمة أعضاء الهيئات القضائية بند ٥٥ ص٨٣.

(٤) أ.د. نبيل اسماعيل عمر، قانون المرافعات، ص٥٢ .

(٥) نقض مدني جلسة ٨ ديسمبر ١٩٤٠ مجلة المحاماة ١٩٤٠ س٢١ ص٥٧٧ .

الخصومة أكبر وقت ممكن، محاولين في تقارير الرد الصاق التهم والأباطيل بأشخاص القضاة واختلاق العديد من المزاعم الخالية من الدليل والتي لايقصد منها سوى تخويف القضاة وإجبارهم على الإذعان لما يرمون إليه. فمتى طلب المدعى عليه رد أحد أعضاء المحكمة فإنه لايكون أمام الأخيرة سوى وقف سير الدعوى بقوة القانون إلى أن يحكم في طلب الرد وفقاً لنص المادة ١٦٢ من قانون المرافعات[١].

وهكذا فإن المدعى عليه إذا مارغب في إعنات خصمه ماعليه إلا أن يستخدم المادتين ١٤٨ و١٦٢ من قانون المرافعات، فالأولى، تعطيه الحق في الادعاء بوجود عداوة أو مودة بين القاضي وأحد الخصوم يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل. أما الثانية، فتحقق له ما كان يصبو إليه من طلب الرد وهو عرقلة سير الخصومة، إذ يجب على المحكمة أن توقف سير الدعوى -بالحالة التي كانت عليها في يوم تقديم الطلب- بقوة القانون إلى أن يحكم في طلب الرد [٢]. فيمتنع على القاضي وعلى الخصوم القيام بأي نشاط إجرائي في الدعوى، فإذا فصل القاضي المطلوب رده في الدعوى قبل الفصل في طلب الرد [٣]؛كان حكمه باطلاً والبطلان

---

(١) نقض مدني جلسة٢٦ ديسمبر١٩٩١ الطعن رقم ٤٠٩ السنة٦١ق، مجلة المحاماة ١٩٩٤ الجزء الثاني ص١١٧١.

(٢) على أنه منعاً من الأضرار التي قد تلحق بخصم طالب الضمان فإنه يجوز لرئيس المحكمة -وفقاً للفقرة الثانية من نص المادة ١٦٢ مرافعات - ندب قاضي بدلاً من طلب رده ويكون لهذا الأخير أن يقوم فقط بما يقتضيه الاستعجال أي بالإجراءات التي لاتحتمل التأخير. د. علي عوض، مرجع سابق ص١٠٦. وسوف نلاحظ -فيما بعد- أن هذا النص عاطل أمام المحاكم لأسباب تتعلق بمرفق العدالة. راجع فيما سبق ص٥ ومابعدها.

(٣) وذلك مالم تتوافر إحدى الحالات التي ينص فيها القانون على عدم وقف الدعوى كأثر للتقرير بالرد. المادة ١٦٢-١ مكرر من قانون المرافعات.

هنا يتعلق بالنظام العام[١] .

آثار إساءة استعمال حق الرد وفقاً لنص المادة ١٤٨ / ٤ من قانون المرافعات:

نتيجة لهذا الوضع ازدادت طلبات الرد أمام المحاكم بمختلف درجاتها وأنواعها، حيث أسرف الخصوم -خاصة المدعى عليهم- في تقديم هذه الطلبات خصوصاً في بعض الدعاوي ذات الطبيعة الخاصة ولأسباب غير جدية، وذلك بهدف تعطيل السير في الدعاوي المنظورة أمام المحاكم أو بهدف اقصاء القاضي بغير مسوغ مشروع عن نظر الدعوى[٢] .

فقد دلت الإحصاءات الرسمية على أن أكثر من ٨٠٪ من طلبات الرد يتنازل عنها أصحابها بعد ذلك لعلمهم بكيديتها، ولكن بعد تحقق الغرض منها، وهو تعطيل الفصل في الدعوى الأصلية ثم تغيير أشخاص القضاة الذين لايستجيبون لطلباتهم المخالفة للقانون والعقل، وتهديد من يأتي بعدهم بذات سلاح الرد[٣] .

---

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن " مؤدى نص المادة ١٦٢ من قانون المرافعات أن وقف الدعوى الأصلية إلى أن يحكم في طلب الرد يتم بقوة القانون دون ماحاجة إلى صدور حكم بذلك وقضاء القاضي المطلوب رده في الدعوي قبل الفصل في طلب الرد هو قضاء ممن حجب عن الفصل الدعوى لأجل معين، ومن ثم يقع باطلاً لتعلقه بأصل من أصول المحاكمة تقرر لاعتبارات تتصل بالاطمئنان إلى توزيع العدالة" نقض مدني جلسة ٢٤ إبريل مجموعة أحكام النقض ١٩٨٣ س٣٤ ص١٠٣٧. نقض جنائي جلسة ٢٣ يونية ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض س١٠ ص٦٦٢. أشار إليهما : محمد كمال عبدالعزيز، تقنين المرافعات ص٨٣٨.

(٢) المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦ والمعمول به اعتباراً من ١ اكتوبر ١٩٧٦.

(٣) د. محمد مجدي مرجان، ثورة العدالة ١٩٩٤ ص٣١-٣٢ .

كل هذا أدى إلى مطالبة كل من الفقه والقضاء[1] بضرورة تدخل المشرع لمواجهة اسراف الخصوم في طلبات الرد والتي ساهمت بلا شك في انماء ظاهرة البطء في التقاضي. نعم كان تدخل المشرع ضرورياً لاجراء تعديل في بعض الأحكام المتعلقة بالرد على نحو يضمن جدية هذه الطلبات وبحيث يجعل طالبي الرد ملزمين باستعماله لتحقيق الهدف الذي شرع من أجله دون سواه.

تعديل النصوص المتعلقة برد القاضي :

نظراً لأن أحكام الرد الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية غير كافية لمواجهة طلبات الرد المتكررة من الخصوم والتي لايقصد منها في أغلب الأحوال سوى عرقلة سير الخصومة، لذلك رؤي علاجاً لها بما يحقق الصالح العام تعديل بعض أحكام الرد بما يضمن جدية طلبات الرد. لذلك تدخل المشرع[2] فأجرى تعديلاً في بعض النصوص الخاصة برد القاضي، وكان ذلك على مرحلتين : الأولى في عام ١٩٧٦ بموجب القانون رقم ٩٥، والثانية في عام ١٩٩٢ بموجب القانون رقم ٢٣.

---

(١) فقد ذهبت محكمة جنوب القاهرة الكلية في أحد أحكامها -وبحق- إلى القول: "... والمحكمة بمناسبة تصديها لموضوع طلب الرد هذا وعلى ضوء ماتبينته من أنه من ألوان الغلو في استعمال حق الرد وأن غاية مثل هذا الطلب تعطيل الفصل في الدعوى التي قدم بشأنها وأن الذي شجع عليه تفاهة الجزاء الذي رتبه المشرع في حالة الحكم بسقوط الحق في طلب الرد أو بعدم قبوله أو برفضه، لذلك تهيب المحكمة بالمشرع أن يتدخل سريعاً بتعديل الجزاء سالف الذكر واستبداله بعقوبة سالبة للحرية حماية للمتقاضي خصم طالب الرد من ناحية وحماية للقاضي ملاذ التقاضي من ناحية أخرى" القضية رقم ٦٠٣٢ لسنة ١٩٨٣ جلسة ٢٨ يونية ١٩٨٣ - غير منشور، أشار إليه د. علي عوض، مرجع سابق ص١١٥.

(٢) ولعله مما يثير الانتباه أن أحكام رد القضاة التي كان معمولاً بها عند بدء النظام القضائي الحديث عام ١٨٨٣ تكاد لم يدخل عليها تعديل يذكر لمدة جاوزت تسعين عاماً، محمد كمال عبدالعزيز، مرجع سابق ٨٩٧.

وسوف نتناول هذين التعديلين بالتفصيل فيما يلي:

المرحلة الأولى : تعديل النصوص المتعلقة برد القاضي وفقاً للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦ :

ملامح هذا التعديل :

تركزت التعديلات التي أدخلها القانون رقم ٩٥ لسنة ٧٦ حول تحقيق هدفين أولهما، العمل على تضييق نطاق الرد. وثانيهما، تشديد الجزاء الذي يوقع على الخصم طالب الرد في حالة الحكم برفض طلب الرد أو بسقوط الحق فيه أو عدم قبوله.

أولاً : تضييق نطاق طلب الرد:

تحقيقاً للهدف الأول من التعديل وهو تضييق نطاق الرد أضاف القانون فقرة جديدة إلى المادة ١٥٢ تنص على أن يسقط حق الخصم في طلب الرد إذا لم يحصل التقرير به قبل إقفال باب المرافعة في طلب رد سابق في الدعوى أخطر بالجلسة المحددة لنظره متى كانت أسباب الرد قائمة حتى إقفال باب المرافعة، وقد أضيفت مادة جديدة برقم ١٥٨ مكرر تنص بأنه "على رئيس المحكمة في حالة تقديم طلبات رد قبل إقفال باب المرافعة في طلب رد سابق أن يحيل هذه الطلبات إلى الدائرة ذاتها المنظور أمامها ذلك الطلب لتقضي فيها جميعاً بحكم واحد".

ولاشك في أن تضييق نطاق الرد على النحو المتقدم سوف يؤدي إلى الاقتصاد في الوقت والمال فضلاً عن قطع الطريق أمام طالبي الرد سيئي النية.

ثانياً : تشديد الجزاء على طالب الرد في حالة رفض طلبه أو سقوط الحق فيه أو عدم قبوله :

عملاً على تحقيق الهدف الثاني وهو تشديد الجزاء على الخصم طالب الرد لغير أسباب جدية بهدف تعطيل الفصل في الدعوى الأصلية، فقد أجرى القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦ تعديلاً -في نص المادة ٣٢٧ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨[1] والتي أصبحت بعد التعديل المادة ١٥٩ -من شأنه أن يساعد على تحقيق الغرض المقصود منه، وهو صد الخصوم عن اساءة استعمال حق الرد، وحتي لايتخذ هذا الحق وسيلة للتجني على القضاء[2] .

وقد جاء نص المادة ١٥٩ مرافعات على النحو الآتي " تحكم المحكمة عند رفض طلب الرد أو سقوط الحق فيه أو عدم قبوله على الطالب بغرامة لاتقل عن عشرين جنيهاً ولاتزيد على مائة جنيه وبمصادرة الكفالة، وفي حالة ماإذا كان الرد مبنياً على الوجه الرابع من المادة ١٤٨ وحكم برفضه فعندئذٍ يجوز إبلاغ الغرامة إلى مائتي جنيه. وفي كل الأحوال تتعدد الغرامة بتعدد القضاة المطلوب ردهم. وفي حالة التنازل عن طلب الرد تحكم المحكمة بمصادرة الكفالة".

كذلك تم تعديل الفقرة الثالثة من نص المادة ١٥٣ مرافعات لتصبح على النحو الآتي " وعلى طالب الرد أن يودع عند التقرير خمسة وعشرين جنيهاً على سبيل

---

(١) والتي كانت تقرر بأن على المحكمة عند رفض طلب الرد أن تحكم على الطالب بغرامة لاتقل عن خمسة جنيهات ولاتزيد عن خمسين جنيهاً إلا إذا كان الرد مبنياً على الوجه الرابع من المادة ٣٥١ فعندئذٍ يجوز إبلاغ الغرامة إلى مائة جنيه.

(٢) المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦.

الكفالة"[1] .

وهكذا يتضح لنا أن المشرع -بموجب القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦- قد وحد من قيمة الكفالة التي يجب على طالب الرد أن يودعها عند التقرير بالرد لتصبح خمسة وعشرين جنيهاً بعد أن كانت مصنفة وفقاً لدرجة القاضي المطلوب رده من عشرة جنيهات متى كان المطلوب رده قاضياً، وهي ثلاثين إذا كان مستشاراً بمحكمة استئناف أما إذا كان مستشاراً بمحكمة النقض فإن قيمة الكفالة هي خمسين جنيهاً. وهذا يعني أن المشرع قد رفع من قيمة الكفالة إذا كان المطلوب رده قاضياً أما إذا كان مستشاراً بمحكمة الاستئناف أو النقض فإن المشرع قد خفف من قيمة الكفالة إذ أصبحت خمسة وعشرين جنيهاً بعد أن كانت قبل التعديل ثلاثين في الاستئناف وخمسين في النقض. وهذا يدعونا إلى القول بأن التعديل الذي طرأ على قيمة الكفالة لهو إلى تدليل الخصم المماطل أقرب منه إلى التشديد عليه. ولذلك كان من الأفضل أن يبقي المشرع على نظام التدرج في قيمة الغرامة بعد رفعها وفقاً لنوع المحكمة المقدم طلب الرد أمامها.

أما فيما يتعلق برفع قيمة الغرامة – وفقاً لنص المادة ١٥٩ مرافعات – والتي توقع على طالب الرد في حالة رفض طلبه أو عدم قبوله أو سقوط الحق فيه فقد أصبحت لاتقل عن عشرين جنيهاً ولاتزيد عن مائة جنيه[2] . وبمصادرة الكفالة بعد

(١) وقد كان النص قبل تعديله يوجب على طالب الرد أن يودع عند التقرير به عشرة جنيهات أو ثلاثين جنيهاً أو خمسين جنيهاً حسب ماإذا كان المطلوب رده قاضياً أو مستشاراً بمحكمة استئناف أو مستشاراً بمحكمة النقض.

(٢) وفي كل الأحوال تتعدد الغرامة بتعدد القضاة المطلوب ردهم وفقاً للفقرة الأخيرة من المادة ١٥٩ من قانون المرافعات.

أن كانت الغرامة قبل التعديل لاتقل عن خمسة جنيهات ولاتزيد عن خمسين جنيهاً وكانت لاتوقع إلا في حالة الحكم برفض طلب الرد[1] .

وحسناً فعل المشرع بأن سوى في الجزاء في حالة رفض الطلب أو عدم قبوله أو سقوط الحق فيه إذ أوجب توقيع الحكم بالغرامة في حالة الحكم بسقوط الحق في طلب الرد[2] ، أو عدم قبوله بالاضافة إلى حالة الحكم برفضه مع مصادرة الكفالة، وذلك بغرض مواجهة سوء استخدام هذا الحق.

ولكن مما يؤسف له أن موقف المشرع لم يكن حاسماً فيما يتعلق بالتنازل عن طلب الرد حيث اكتفى بالقول في الفقرة الأخيرة من نص المادة ١٥٩" وفي حالة التنازل عن طلب الرد تحكم المحكمة بمصادرة الكفالة" وهذا يعني أنه لطالب الرد الحق في التنازل عن هذا الطلب في أي وقت يشاء منذ بدء خصومة الرد وحتى إغلاق باب المرافعة فيها، فمتى قرر طالب الرد التنازل عن طلب الرد وجب على

(١) راجع نص المادة ٣٣٧ من القانون السابق.

(٢) ويحكم بالسقوط إذا قدم طلب الرد بعد إبداء الدفوع أو الدفاع في الدعوى. وتطبيقاً لذلك حكم" إذا كان طالب الرد قد قرر في طلبه رد رئيس وعضوي الدائرة تأسيساً على أن مسلك الدائرة أثناء الدعوى ينم عن عدم الحيدة بين الخصوم وقد ظهر ذلك واضحاً من تصرفاتها مما يدل على أنها قد كونت رأياً مسبقاً في الدعوى لصالح خصم طالب الرد وأتاحت لهذا الخصم أن يبدي ماشاء من دفاع بينما صادرت على حق الطالب في الطعن بالتزوير وبذلك تكون قد أفصحت عن رأيها وعاونت الخصم في تحضير دفاعه بل وتبرعت له بتقديم المستند الذي كان يفتقده، وكان قد ثبت أن طالب الرد قد اعترف أن هذا الرأي الذي تكون لدى المحكمة واضح له منذ صدور حكمها التمهيدي في ٢٥-٣-١٩٧٩ ورغم علم طالب الرد بهذا السبب الذي قال أنه موجب للرد فإنه لم يتخذ إجراءات هذا الرد إلا في ١٨-٤-١٩٨١ بعد أن كان قد قدم دفاعه ودفوعه في الموضوع ومن ثم فإن المحكمة تقضي بسقوط حق طالب الرد ومصادرة الكفالة وتغريمه مبلغ ثلاثمائة جنيه والزامه بالمصاريف". القضية رقم ٥٦٢ لسنة ١٩٨١ مدني كلي جنوب القاهرة جلسة ٢٩ يونية١٩٨١ غير منشور أشار إليه د.علي عوض ص١٢٣.

المحكمة إجابته إلى ذلك والحكم بإثبات هذا التنازل ومصادرة الكفالة، فلا تملك المحكمة الحكم بالغرامة وفقاً لصريح نص المادة ١٥٩ مرافعات.

وأمام هذا الوضع ازدادت طلبات الرد ولأسباب غير جدية فما على الخصم -وغالباً مايكون المدعى عليه- الذي لم تستجب المحكمة لطلباته إلا أن يطلب رد أحد قضاتها وفقاً لنص المادة ١٤٨-٤ من قانون المرافعات، ولِمَ لايفعل ذلك مادام بإمكانه في نهاية المطاف أن يتنازل -وفقاً لنص المادة ١٥٩- ولابأس من أن تصادر قيمة الكفالة وهي تافهة بطبيعة الحال مادام هذا الطريق يمكنه من عرقلة سير الخصومة، وهكذا أصبح التنازل عن طلب الرد من أفضل الخيارات أمام الخصم سيء النية. وفي جميع الأحوال لاتستطيع المحكمة إلا أن تثبت التنازل وتقضي بمصادرة الكفالة.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض "بأنه متى تنازل طالب الرد عن طلبه فإنه يتعين على المحكمة أن تجيبه إلى ذلك ولايجوز في هذه الحالة الحكم عليه بالغرامة"[1] . لأن التنازل عن طلب الرد شأنه شأن أي طلب آخر لصاحبه التمسك به أو التنازل عنه[2] ، ولو أمام محكمة ثاني درجة[3] ولايحول دون ذلك مانصت عليه المادة ١/١٤٢ من قانون المرافعات من أن الترك لايتم بعد إبداء المدعي طلباته إلا

---

(١) جلسة ٢٨ يونية ١٩٧٨ الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٤٦ق.

(٢) نقض مدني جلسة ٥ يناير ١٩٧٨ الطعن رقم ٩٦٧ لسنة ٤٤ق. أشار إليه أ.د. أحمد أبو الوفا، التعليق على قانون المرافعات ص٦٥٣.

(٣) نقض مدني جلسة ٢٤ يونية ١٩٨٢ الطعن رقم ١٣٩ لسنة ٤٩ ق. أشار إليه المستشار : عز الدين الدناصوري والأستاذ حامد عكاز في ملحق التعليق على قانون المرافعات ١٩٨٢ ص٣٠٢.

بقبوله، لأن القاضي ليس طرفاً ذا مصلحة شخصية في الخصومة[1] ،وفي جميع الأحوال فإنه ليس أمام المحكمة في حالة تنازل طالب الرد عن طلبه -بعد تحقق المقصود منه وهو إطالة أمد الخصومة فضلاً عن التشهير برجال القضاة والاساءة إليهم- سوى مصادرة الكفالة وهي تافهة بطبيعة الحال.

في المقابل ذهب رأي[2] في الفقه -وبحق- إلى القول بأن دعوى الرد ليست من الدعاوي التي يجوز لرافعها أن يتنازل عنها في أية حالة تكون عليها بل هي من نوع خاص، وهي شبيهة بالدعوى العمومية، فإذا مارفعت تعلق بها حق القضاء وحق القاضي المطلوب رده، ومن ثم يتعين السير في إجراءاتها والفصل فيها ولو قرر المدعي التنازل عنها- بل ولو قبل القاضي المطلوب رده هذا التنازل لأنه لايعد خصماً في الدعوى -وذلك لأن المصلحة العامة تقتضي الحكم في موضوعها صيانة للقضاء من الريب والشبهات وحرصاً على دوام احترامه، فضلاً عن أن الحكم فيها يبعد القاضي عن الشك به.

وهكذا لم تنجح التعديلات التي قررها القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦ في صد الخصوم عن اساءة استعمال حق الرد -وفقاً لفسلفته المعلنة وقت صدوره- بل العكس هو الذي حدث فازدادت طلبات الرد نظراً لتفاهة الجزاء، فقد ثبت من الواقع أمام

(١) نقض مدني جلسة ٥ يناير ١٩٧٨ مجموعة النقض س٢٩ ص٤٩٦.

(٢) أ.د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، ص٦٥٣، وفي نفس الاتجاه قضت محكمة الزقاريق الابتدائية بأن "دعوى رد القاضي عن نظر قضية ليست من الدعاوى المدنية التي يجوز لصاحبها أن يتنازل عنها في أية حالة كانت عليها، بل هي دعوى من نوع خاص وذات اجراءات خاصة وهي شبيهة بالدعوى العمومية، فإذا ما رفعت تعلق بها حق القضاء وحق القاضي المطلوب رده، ومن ثم يتعين السير في اجراءاتها والفصل فيها حتى ولو قرر طالب الرد بتنازله عنها. جلسة ١٢ يونيو ١٩٤٩ مجلة المحاماة س ٣١ ص٦٠١.

المحاكم أن أغلب طلبات الرد التي قدمت أمام المحاكم كانت غير جدية ولم يقصد منها سوى تعطيل الفصل في الدعوى الأصلية والدليل على ذلك هو قيام طالب الرد بعد ذلك- أي في جلسة المرافعة في قضية الرد- بالتنازل عن طلبه، ولما لايتنازل مادامت المحكمة التي تنظر طلب الرد لاتستطيع سوى اثبات هذا التنازل حيث لامحل للبحث في سبب الرد[1] وليس أمامها سوى الحكم بمصادرة الكفالة.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن " الحكم بالغرامة - وفقاً لنص المادة ١٥٩ من قانون المرافعات- يكون عندما تفصل المحكمة في طلب الرد بالرفض أما إذا كان قضاؤها إثباتاً لتنازل طالب الرد عن طلبه- أياً كان وجه الرأي في جواز قبول التنازل عن طلبات الرد - فلا محل للحكم بالغرامة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون مخطئاً في تطبيق القانون"[2].

المرحلة الثانية : تعديل النصوص الخاصة برد القاضي وفقاً للقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ :

اتضح لنا مما تقدم بأن الذي شجع الخصوم على الإسراف في طلبات الرد يرجع إلى تفاهة الجزاء الذي قرره المشرع سواء في حالة رفض طلب الرد أو عدم قبوله أو سقوط الحق فيه أو التنازل عنه. إن هذا الجزاء كان إلى التدليل أقرب منه إلى الردع، لذلك تدخل المشرع مرة أخرى وعدّل من النصوص المتعلقة بالرد بموجب

(١) محكمة جنوب القاهرة الكلية، جلسة ٢٤ نوفمبر ١٩٨٥، القضية رقم ٧٥٦٥ لسنة ١٩٨٥. غير منشور، أشار إليه د. علي عوض ، مرجع سابق ص١٢٧.

(٢) نقض مدني جلسة ٢٨ يونية ١٩٧٨ الطعن رقم ٤٤٤ لسنة ٤١ ق مجموعة النقض س٢٩ ص١٥٨٥.

القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢. ولكنه سار على نفس السياسة التي انتهجها من قبل في القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦ -رغم عدم فعاليتها- فرفع من قيمة الغرامة في حديها الأدنى والأقصى، كما أضاف إلى نص المادة ١٥٩ حالة طال انتظار قيام المشرع بها وهي حالة تنازل طالب الرد عن طلبه.

وقد جاء نص المادة ١٥٩ في ثوبه الجديد على النحو الآتي " تحكم المحكمة عند رفض الرد، أو سقوط الحق فيه، أو عدم قبوله، أو إثبات التنازل عنه على طالب الرد بغرامة لاتقل عن مائة جنيه ولاتزيد على ألف جنيه ومصادرة الكفالة، وفي حالة ما إذا كان الرد مبنياً على الوجه الرابع من المادة ١٤٨ فعندئذٍ يجوز إبلاغ الغرامة إلى ألف وخمسمائة جنيه. وفي كل الأحوال تتعدد الغرامة بتعدد القضاة المطلوب ردهم. ويعفى طالب الرد من الغرامة في حالة التنازل عن الطلب في الجلسة الأولى، أو إذا كان التنازل بسبب تنحى القاضي المطلوب رده، أونقله، أو انتهاء خدمته".

ملاحظتان على نص المادة ١٥٩ من قانون المرافعات :

ولنا على هذا النص ملاحظتان تتمثل **الأولى** في أن المشرع قد رفع الحد الأدنى من الغرامة ليصبح مائة جنيه بدلاً من عشرين ورفع الحد الأقصى ليصبح ألفاً بدلاً من مائة جنيه، كما يجوز إبلاغ الغرامة إلى ألف وخمسمائة جنيه متى كان طلب الرد مؤسساً على الفقرة الرابعة من نص المادة ١٤٨ مرافعات، ويجب على المحكمة في جميع الأحوال التي تحكم فيها على طالب الرد بالغرامة أن تقرن هذا الحكم بمصادرة الكفالة والتي أصبحت -وفقاً للقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢- مائتي

وخمسين جنيهاً بعد أن كانت خمسة وعشرين وفقاً للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦.

ولاشك في أن المشرع المصري قد خطى خطوة كبيرة، وبعبارة أدق، غير مسبوقة من قبل حيث رفع قيمة الغرامة على نحو يكاد يشعر طالبي الرد بأن كل إجراء يجب أن يكون محكوماً بغايته وإن مازاد عن الحد يجب أن ينقلب إلى الضد، فإذا كان لكل طرف في الدعوى الحق في طلب رد القاضي إلا أن هذا الحق ليس حقاً مطلقاً من كل قيد بل يجب أن يكون محكوماً بالغاية التي شرع من أجلها وهي جعل المتقاضي يطمئن إلى عدم ميل القاضي اطمئناناً خالصاً من كل شائبة.

وهكذا وحد المشرع في قيمة الغرامة التي يجب الحكم بها على طالب الرد في حال عدم قبول طلب الرد أو رفضه أو سقوطه أو التنازل عنه، كما وحد من قيمة الكفالة التي يجب دفعها عند التقرير بالرد، علاوة على أنه قد فرض رسماً ثابتاً مقداره مائة جنيه على كل طلب رد[1].

ولكن يثور التساؤل هل أدت سياسة المشرع هذه إلى إيقاف طلبات الرد أو على الأقل الحد منها؟

يبدو لنا أن سياسة المشرع المتمثلة في تشديد الجزاء من خلال رفع قيمة الغرامة التي توقع على طالب الرد من وقت إلى آخر لم ولن توقف طلبات الرد غير الجدية، وبعبارة أخرى إن هذه السياسة غير كافية للردع لأن قيمة الغرامة لاتتناسب -في أغلب الأحوال- مع قيمة الدعوى الأصلية التي أوقفها سلاح الرد، فليس من

---

(١) الفقرة الأخيرة من المادة ٤ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ والخاص بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية، وقد أضيفت هذه الفقرة وفقاً لنص المادة العاشرة من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢.

المقبول أن يتمكن المدعى عليه المماطل من إيقاف الفصل في القضية بقوة القانون ولو كانت قيمتها تقدر بملايين الجنيهات، ولايضيره في نهاية المطاف أن يدفع -رغم كذب ادعائه- مبلغاً لايتجاوز الألف جنيه كجزاء على عدم قبول طلب الرد أو رفضه أو سقوطه أو التنازل عنه، مادام في النهاية قد حقق هدفه وعرقل سير الدعوى وأعنت خصمه على نحو يجعل وصول الحق إلى صاحبه صعب المنال.

من ناحية أخرى فإن القاضي المطلوب رده لايلجأ -في أغلب الأحوال- إلى ملاحقة الخصم الذي طلب رده عن الدعوي بعد ثبوت كيدية طلب الرد، وذلك لأن القاضي -وفقاً لقضاء محكمة النقض- ليس خصماً ذا مصلحة شخصية في طلب الرد[1]. ولاشك في أن وجود هذا التصور مسبقاً في ذهن الخصم سوف يجعله لايبالي في طلب الرد مادام يمكنه في أغلب الأحوال التنصل من المسؤولية في مواجهة القاضي الذي طلب رده. أما القاضي المطلوب رده أو المجني عليه فإنه يحجم عن إقامة دعوى بالتعويض على الخصم بعد تنازله عن طلب الرد حتى لايشغل نفسه بقضايا جانبية تشغله عن أداء وظيفته الأصلية وهي تحقيق العدالة[2].

(١) جلسة ٥ يناير ١٩٧٨ الطعن رقم ٩٦٧ لسنة ٤٤ ق مذكور من قبل.

(٢) ولكن هذا لايعني أنه لايجوز للقاضي المطلوب رده ملاحقة طالب الرد الذي رفض طلبه أمام القضاء لمطالبته بالتعويض -ولو كان رمزياً- عن الضرر الأدبي الذي لحق به نتيجة لطلب الرد مستنداً في ذلك إلى قواعد المسؤولية من وجود خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة جنوب القاهرة الكلية " بأنه إذا كان طالب الرد قد نسب إلى الدائرة (الرئيس والعضوين) مايتناول سمعتهم كقضاة ويؤثر فيها ويطعن في حيدتهم وهي الصفة اللازمة في القاضي بحيث يعتبر الزعم بعدم توافرها من قبيل ايذاء السمعة وافتقاد القاضي الصفة الأساسية التي يتطلبها القانون والناس فإن ذلك يشكل ضرراً أدبياً بالدائرة وكانت هناك علاقة سببية بين الضرر وخطأ طالب الرد ومن ثم فإن المحكمة تقدر للسادة رئيس وعضوي الدائرة مبلغ ثلاثين ألف جنيه والمصروفات وعشرة جنيهات مقابل أتعاب المحاماة". القضية رقم ٣٥٦٩ لسنة ١٩٨٢، غير منشور، أشار إليه : علي عوض، مرجع سابق ص١٣٩.

فلو انشغل كل قاضي يطلب رده برفع دعوى على طالب الرد لترتب على ذلك زوال صلاحية القاضي للحكم في الدعوى بل يجب عليه أن يتنحى عن نظرها[1] ، وينشغل عن وظيفته الأساسية ليلاحق طالب الرد أمام القضاء وقد يمتد النزاع فلا يتوقف عند أول درجة وإنما قد يطرح أمام محكمتي الاستئناف والنقض.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض برفض الطعن في قضية تتلخص وقائعها في أن المطعون ضده أقام الدعوى رقم ٢٩٩٢ سنة ١٩٦٥ مدني كلي القاهرة على الشركة الطاعنة طالباً الحكم بالزامها بأن تدفع له مبلغ خمسة آلاف جنيه وقال شرحاً لدعواه أن الشركة الطاعنة قررت رده بصفته رئيس المحكمة التي كانت تنظر الدعوى رقم ٢٠٠ لسنة ١٩٦٣ عمال كلي المرفوعة من المدعي الأستاذ.. ضد الشركة الطاعنة، وأنه بتاريخ ٢١-٦-١٩٦٤حكم برفض طلب الرد وإلزام الشركة الطاعنة بالمصروفات وتغريمها مائة جنيه، وانتهى المطعون ضده إلى أن الشركة لم تستأنف هذا الحكم فأصبح نهائياً، لذلك أقام دعواه بطلب المبلغ سالف الإشارة إليه لتعويض ما أصابه من ضرر أدبي، وبتاريخ ١٩٦٥/٦/٢٩ حكمت المحكمة الابتدائية بالزام الشركة الطاعنة بأن تدفع إلى المطعون ضده قرشاً واحداً كتعويض رمزي لما أصابه من ضرر. استأنف المطعون ضده هذا الحكم لدى محكمة استئناف القاهرة والتي حكمت بتعديل الحكم المستأنف وإلزام الشركة بأن تدفع إلى المطعون ضده مبلغ ألف جنيه. لكن الشركة طعنت في هذا الحكم أمام محكمة النقض غير

(١) فالمادة ١٦٥ من قانون المرافعات تنص على أنه " إذا رفع القاضي دعوى تعويض على طالب الرد أو قدم ضده بلاغاً لجهة الاختصاص زالت صلاحيته للحكم في الدعوى وتعين عليه أن يتنحى عنها".

أن الأخيرة رفضت هذا الطعن"[1].

ولاشك في أن القاضي له العذر في ملاحقة الخصم الذي طلب رده فرغم أنه ما كان يرغب في سلوك مثل هذا الطريق إلى نهايته ولكنه دفع إليه بسبب ضعف وعدم تناسب الجزاء الذي يقرره المشرع على طالب الرد في حالة رفض طلبه أو عدم قبوله أو التنازل عنه.

في المقابل نجد أن المشرع الفرنسي قد رفع من قيمة الغرامة التي يحكم بها على طالب الرد في حالة رفض طلبه إلى عشرة آلاف فرنك دون الإخلال بالمطالبة بالتعويضات متى كان لها مقتضى[2].

أما الملاحظة الثانية على نص المادة ١٥٩ مرافعات : معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢- فهي تتعلق بحالة تنازل طالب الرد عن طلبه، ومسألة التنازل لها مع المشرع تاريخاً طويلاً، ففي ظل القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ لم يكن هناك جزاء من أي نوع يوقع على طالب الرد متى تنازل عن هذا الطلب[3] . أما القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦ فقد قرر بوجوب مصادرة الكفالة عند تنازل طالب الرد

(١) نقض مدني جلسة ٨ إبريل ١٩٧٢ مجموعة النقض ١٩٧٢ س٢٣ ص٦٧٠ .

(٢) وقد جاء نص المادة ٣٥٣ من قانون المرافعات الفرنسي كما يلي:

"Si la récusation est rejetée, son auteur peut être condamne a une amendé civile de 100 à 10.000 F sans préjudice des dommages-intérêts qui pourraient être réclamés".

(٣) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه " لامحل للقضاء بمصادرة الكفالة لأن الطاعن قرر الرد في ١٩٧٣/٥/١٩ أي قبل صدور القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦ الذي قرر مصادرة الكفالة عند التنازل عن طلب الرد " جلسة ٥ يناير ١٩٧٨ الطعن رقم ٩٦٧ لسنة ٤٤ق.

عن طلبه دون الحكم بالغرامة[1] . وأخيراً فرض المشرع ولأول مرة عقوبة الغرامة فضلاً عن مصادرة الكفالة كجزاء يوقع على طالب الرد متى تنازل عن طلبه فأوجب على المحكمة -وفقاً لنص المادة ١٥٩ مرافعات معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢- الحكم على طالب الرد بغرامة لاتقل عن مائة جنيه ولاتزيد عن ألف جنيه ومصادرة الكفالة، وهكذا شدد المشرع الجزاء الذي يوقع على طالب الرد الذي يتنازل عن طلبه فجعله الغرامة ومصادرة الكفالة[2] ؛ وذلك لأنه ثبت في الواقع أمام المحاكم أن بعض الخصوم بعد أن يصلوا إلى غرضهم في تعطيل الفصل في الدعوى الأصلية بطلب الرد يعمدون إلى التنازل عن الطلب بعد ذلك[3] .

وإذا كان المشرع قد أوجب الحكم على طالب الرد بالغرامة متى تنازل عن طلبه، إلا أنه خرج على هذا الحكم في الفقرة الأخيرة من نص المادة ١٥٩ مرافعات والتي تقرر إعفاء طالب الرد من الغرامة في حالة تنازله عن الطلب في الجلسة الأولى، أو إذا كان التنازل بسبب تنحى القاضي المطلوب رده أو نقله أو انتهاء

---

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض " أن المستفاد من نص المادة ١٥٩ من قانون المرافعات أن الحكم بالغرامة يكون عندما تفصل المحكمة في طلب الرد با لرفض، أما إذا كان قضاؤها إثباتاً لتنازل طالب الرد عن طلبه فلا محل للحكم بالغرامة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون مخطئاً في تطبيق القانون " جلسة ٨ يونيه ١٩٧٨ الطعن رقم٤٤٤ لسنة١٤ق مجموعة النقض س ٢٩ ص١٥٨٥. ولعله من الغريب هنا أن نلاحظ أن قيمة الكفالة التي يحكم بمصادرتها هي خمسة وعشرين جنيهاً فهل تتناسب هذه الضمانة مع التشهير بسمعة القاضي وإلصاق التهم الباطلة به من غير ذنب .

(٢) شأنه في ذلك شأن الجزاء الذي يوقع على طالب الرد الذي رفض طلبه أو سقط الحق فيه أو قضى بعدم قبوله. راجع المادة ١٥٩ مرافعات.

(٣) المذكرة الإيضاحية لقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٢.

خدمته.

وفي ضوء نص المادة ١٥٩ يمكن أن نلحظ فيما يتعلق بالتنازل عن طلب الرد، أن المشرع كان حاسماً في الفقرة الأولى لكنه سرعان ماتخلى عن هذا الحسم في الفقرة الثانية، وبعبارة أخرى فإن ما أعطاه المشرع باليمين قد سحبه باليسار، حيث يكون لمن يرغب في عرقلة سير الدعوى الأصلية أن يطلب رد القاضي ويتخذ الإجراءات اللازمة لذلك، فإذا ماتحقق غرضه وهو وقف الدعوى الأصلية بقوة القانون، سارع طالب الرد بالتنازل في الجلسة الأولى المحددة لنظر طلبه، وعندئذٍ لايجوز للمحكمة -وفقاً للفقرة الثانية من نص المادة ١٥٩ مرافعات- أن تحكم عليه بالغرامة وليس أمامها سوى الحكم بمصادرة الكفالة، بل وأكثر من هذا فإن طالب الرد- وغالباً مايكون المدعى عليه- إذا مارغب في إعنات خصمه فإنه لايتنازل عن طلب الرد في الجلسة الأولى وإنما يرجىء تنازله إلى ماقبل حجز دعوى الرد للحكم فيها، ولايضيره بعد ذلك من دفع غرامة تافهة مقارنة بقيمة الدعوى المرفوعة عليه والتي قد تكون قميتها بالملايين.

وهكذا يتيح نص المادة ١٥٩ مرافعات للخصم سيء النية التلاعب بالقضية فيوقفها نكاية بخصمه في أي وقت يشاء، كما يتلاعب بسمعة القاضي المطلوب رده بقصد اقصائه عن نظر الدعوى لأسباب أقل مايقال عنها أنها أسباب واهية لاوجود لها إلا في ذهن طالب الرد، نعم يتلاعب الخصوم باسم القانون وباستخدام أحد أدواته لعدم وجود جزاء رادع يجبرهم على السير في الخصومة بحسن نية.

في المقابل نجد أن الأنظمة القانونية الحديثة قد عالجت مثل هذه الحالة على نحو يجعل الخصم المماطل يفكر كثيراً قبل استخدام سلاح الرد بقصد عرقلة سير الدعوى، ففي دولة الإمارات العربية المتحدة يتعين السير في إجراءات طلب الرد والفصل فيه ولو قرر رافعه التنازل عنه[1] . ويشترط في الولايات المتحدة الأمريكية أن يقوم طالب الرد أو المخاصمة بحلف اليمين على صدقه وعلى صحة المزاعم أو التهم التي ينسبها إلى القاضي المدعى عليه، وعلى سلامة الأسباب التي يستند إليها من أجل تنحي القاضي المطلوب رده أو مخاصمته بحيث أنه إذا اتضح بعد ذلك كذب طالب الرد وكيدية مزاعمه وجهت إليه تهمة البلاغ الكاذب وشهادة الزور وإزعاج السلطات، وتوقع عليه العقوبات الجنائية الرادعة بالإضافة إلى الغرامة المالية المناسبة[2] .

وفي الجمهورية العربية اليمنية تنص المادة ٩٢ من قانون المرافعات الشرعي على أنه " إذا طالب أحد الخصوم منع القاضي من نظر الدعوى ولم يثبت السبب حُكم عليه بغرامة مالية لاتنقص عن مائة ريال ولاتتجاوز عن خمسمائة ريال أو بسجن لاينقص عن ثلاثة أيام ولايتجاوز عشرة أيام".

وحسناً فعل المشرع اليمني إذ قرر عقوبة الحبس كجزاء يوقع على طالب المنع الذي لم يثبت سبب هذا المنع، ولاشك في أن عقوبة الحبس أكثر ردعاً من عقوبة الغرامة في مواجهة الخصوم الذين لاهدف لهم من طلبات المنع إلا إطالة أمد

(١) المادة ٥/١١٩ من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢.

(٢) د. محمد مجدي مرجان، ثورة العدالة ص٣٢، ومابعدها.

الخصومة أكبر وقت ممكن[1] .

لذلك وترتيباً على ماتقدم فإننا نهيب بالمشرع المصري أن يعدل من نص المادة ١٥٩ من قانون المرافعات ليصبح على النحو الآتي : " تحكم المحكمة عند رفض طلب الرد، أو سقوط الحق فيه، أو عدم قبوله أو إثبات التنازل عنه، على طالب الرد بغرامة لاتقل عن مائة جنيه ولاتزيد عن عشرة آلاف جنيه أو بالحبس الذي لايقل عن أسبوع ولايزيد عن شهر، أما إذا كان طلب الرد مبنياً على الوجه الرابع من المادة ١٤٨ فيجب على المحكمة أن تقضي بالغرامة والحبس معاً" .

المبحث الرابع

اساءة استعمال المدعى عليه لحقه في الادعاء بالتزوير

تمهيد :

تمكيناً للخصوم من إبداء دفاعهم أمام القضاء على أكمل وجه، فإنه يكون لكل ذي مصلحة منهم الحق في الطعن أو الادعاء بالتزوير Linscrintion de

---

(١) ويلاحظ أن عقوبة الغرامة أو الحبس المنصوص عليهما في المادة ٩٢ من قانون المرافعات اليمني لاتوقعان إلا في حالة الحكم برفض طلب المنع، وهذا يعني أنه لايحكم بعقوبة الغرامة أو الحبس إذا حكم بعدم المنع لسقوط الحق فيه أو للتنازل عنه. د. ابراهيم محمد الشرفي. رد القاضي عن نظر الخصومة في الشريعة الإسلامية مع التطبيق على قانون المرافعات الشرعي في اليمن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٩٠ ص٥٨٦.

Faux[1] في أي محرر [2] مطروح في نزاع قائم أمام المحكمة، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى أمام محكمة الموضوع[3] ، يستوي إن كانت هي محكمة أول درجة [4] ، أو محكمة ثاني درجة[5] . فقيام الخصومة أمام محكمة الاستئناف ما هو

(١) والادعاء بالتزوير أو دعوى التزوير الفرعية Raux civile incident. هي مجموعة الاجراءات التي نص عليها القانون لاثبات عدم صحة الأوراق، يستوي إن كانت هذه الأوراق رسمية أم عرفية، ويعد الطعن بالتزوير على هذا النحو وسيلة دفاع يقصد به مقدمه اجتناء منفعة ومصلحة في رد دعوى الخصم . نقض مدني، جلسة ١١ يناير ١٩٧٨ مجموعة النقض س ٢٩ ص١٦٢. وقد عالج قانون الاثبات الادعاء بالتزوير في المواد من ٤٩-٥٨ منه.

(٢) ويجوز للخصم الطعن بالتزوير في المحرر ولو كان هو الذي قدمه إذا تبين له فساده أو العبث به ورأى من مصلحته اثبات هذا التزوير ليحول بين خصمه والاستفادة منه. محكمة اللبان الجزئية، جلسة ٢٥ ابريل ١٩٢٣ مجلة المحاماة س٤ ص٦٧٣. راجع أيضاً : المستشار : عز الدين الدناصوري والأستاذ : حامد عكاز، التعليق على قانون الاثبات، الطبعة السابعة ص٢٣٥ كما يكون للخصم أن يدعي بالتزوير في ورقة مقدمة في الخصومة ولو أنها صادرة من شخص آخر مادام أن خصمه في الدعوى يتمسك بها ومادام أن الورقة ذات أثر قانوني ظاهر بالنسبة لحق الطاعن. استئناف طنطا جلسة ٢٦ يونية ١٩٢٦ مجلة المحاماة س٩ ص١١١٤.

(٣) بشرط أن يتم الطعن بالتزوير قبل إغلاق باب المرافعة، فطلب الطعن بالتزوير لايقبل إذا قدم بعد إغلاق باب المرافعة اللهم إلا إذا رأت المحكمة من ظروف الدعوى أن الطلب جدي لايقصد به المماطلة وظهر لها من وجاهته مايسوغ فتح باب المرافعة من جديد، وتقدير جدية الطلب وعدم جديته بناء على مايظهر للمحكمة من ظروف الدعوى وملابساتها أمر موضوعي لاشأن لمحكمة النقض به. نقض مدني، جلسة١يونية ١٩٣٣ مجلة المحاماة س١٤ ص٢٩ وجلسة ٩ ابريل ١٩٥٣ مجموعة النقض س٤ ص٨٥٤. ومع ذلك قارن : بني سويف استئنافي جلسة ٢٩ سبتمبر ١٩١٩ مجلة المحاماة س٤ ص٣٩٤.

(٤) ولكن لايجوز الطعن بالتزوير أمام القضاء المستعجل، وذلك لأن الفصل في دعوى التزوير الفرعية يقتضي الحكم بصحة السند أو بطلانه وهو قضاء في أصل الحق يخرج عن ولاية القضاء المستعجل. نقض مدني جلسة ١٤ ديسمبر ١٩٨٢ مجموعة النقض س٣٣ ص١١٥٣. أما إذا تبين للقاضي المستعجل من ظاهر المستندات عدم جدية الطعن بالتزوير وأن الهدف منه هو إخراج المنازعة من اختصاصه أو عرقلة الفصل في الدعوي فإنه يطرحه جانباً ولايعول عليه ويقضي في الاجراء المطلوب منه حسبما يستبين له من ظاهر الأوراق. المستشار : مصطفى مجدي هرجة، قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية ١٩٨٩ الجزء الأول ص٣١١.

(٥) استئناف طنطا جلسة ٣١ ديسمبر ١٩٢٩ مجلة المحاماة س١٠ ص٤٧٢.

إلا حالة من الحالات التي تكون عليها الدعوى، وليس في ذلك تفويت لدرجة من درجات التقاضي؛ لأن مسألة التزوير ليست إلا دفعاً موضوعياً منصباً على مستندات الدعوى وليست من قبيل الطلبات الجديدة التي يمتنع تقديمها لأول مرة في الاستئناف[1] .

ويجوز الادعاء بالتزوير لأول مرة أمام محكمة النقض، بشرط أن يكون وارداً على أوراق مقدمة لأول مرة أمام تلك المحكمة[2] . ولكن لايقبل الادعاء بالتزوير أثناء النظر في دعوى التماس إعادة النظر[3] . وسوف نتعرض في هذا المبحث لأربعة موضوعات، نخصص الأول منها لشروط الطعن بالتزوير، أما الثاني فتعرف

---

(١) نقض مدني، جلسة ٦ نوفمبر ١٩٤٧ ورد في مجموعة عمر الجزء الخامس ص٤٧٥ قاعدة رقم ٢٢٧.

(٢) د. عبدالوهاب عشماوي، اجراءات الاثبات في المواد المدنية والتجارية الطبعة الأولى ١٩٨٥ ص٦٧ هامش ٥٥. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه" إذا كان الأصل عدم جواز الادعاء بالتزوير أمام محكمة النقض على الأوراق والمستندات التي كانت مطروحة أمام محكمة الموضوع ولو لم يكن قد طعن فيها بالتزوير أمامها، باعتباره سبباً جديداً لايجوز التحدي به لأول مرة أمام محكمة ا لنقض، إلا أنه استثناء من هذا الأصل، إذا بنى الطعن على وقوع بطلان جوهري في الحكم المطعون فيه مرده وقوع تزوير في محضر جلسة المرافعة الختامية المتضمن اثبات حجز الدعوى للحكم وتحديد الأجل المصرح للخصوم خلاله بتقديم مذكرات الدفاع، وكان قد ترتب على هذا التزوير إخلال محكمة الاستئناف بحث دفاع أحد الخصوم، فإنه لهذا الخصم الذي تعذر عليه اكتشاف التزوير قبل صدور الحكم المطعون فيه أن يسلك طريق الادعاء بالتزوير المنصوص عليه بالمواد من ٤٩ إلى ٥٨ من قانون الاثبات أمام محكمة النقض. جلسة ١١ يناير ١٩٩٠ الطعن رقم ٥٤٤ سنة ٥٤ ق ورد في الدناصوري وعكاز، التعليق على قانون الاثبات الطبعة السابعة ص٢٤٦، ٢٤٧.

(٣) استئناف جلسة ١٩ نوفمبر ١٩٠٧ المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية س٩ ص١٠٦. وذلك لأن دعوى التزوير الفرعية عبارة عن دفع من الدفوع في الدعوى الأصلية فلا يمكن التمسك بها إلا إذا كانت الدعوى الأصلية قائمة فإذا انتهت بالحكم فيها فلا تقبل. د. عبدالحميد أبوهيف، المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر ١٩٢١ بند ٨٧٢ ص ٩١٩ هامش ٢.

فيه على أسباب إساءة المدعى عليه لحقه في الادعاء بالتزوير، ونظراً لأن المشرع لم يوجب الحكم بالغرامة على المدعي بالتزوير سوى في حالتين هما سقوط الادعاء بالتزوير ورفضه فقد خصصنا الموضوع الثالث للتحقق من إمكانية الحكم بالغرامة على المدعي بالتزوير في حالة تنازله عن هذا الادعاء، وأخيراً سوف ندلي بوجهة نظرنا في الموضوع.

شروط الطعن بالتزوير :

يشترط لقبول الطعن بالتزوير توافر ثلاثة شروط نوردها بإيجاز فيما يلي :

الشرط الأول : عدم انقضاء الخصومة الأصلية :

يشترط لقبول دعوى التزوير الفرعية أن تكون الدعوى الأصلية المدعى خلالها بالتزوير قائمة؛ وذلك لأن دعوى التزوير ليست دعوى مستقلة بل هي مرتبطة بالدعوى الأصلية وليست إلا طريقاً من طرق الدفاع فيها[1] . وهي على هذا النحو تتبع الدعوى الأصلية وجوداً وعدماً ، كما تتبعها في الاختصاص وفي الاستئناف أيضاً، فإذا رفعت دعوى التزوير الفرعية أثناء النظر في الدعوى الأصلية كان الحكم الصادر فيها ابتدائياً، وإذا رفعت أثناء النظر في الدعوى الأصلية استئنافياً كان الحكم الصادر فيها نهائياً[2] .

وفي جميع الأحوال فإنه لايجوز الطعن في الحكم الصادر في دعوى التزوير

---

(١) استئناف مصر، جلسة ٢٥ مارس ١٩٢٩ مجلة المحاماة س٩ ص٨٤٧.

(٢) استئناف جلسة ٢٥ مارس ١٩٢٩ المرجع والاشارة السابقة وفي نفس المعنى : استئناف مصر، جلسة ١٣ ديسمبر ١٩٣٤ مجلة المحاماة، س١٥، ص٥٨٥.

الفرعية قبل الفصل في موضوع الدعوى الأصلية، فلو صدر حكم في الاستئناف برفض الادعاء بالتزوير مع تغريم الطاعن بالغرامة القانونية فإنه لايجوز الطعن فيه بطريق النقض إلا مع الطعن في الحكم الصادر في موضوع الدعوى[1] .

أما إذا قضي في موضوع الدعوى الأصلية بحكم حاز قوة الشيء المقضي به، فالمحكوم عليه لايملك الركون للادعاء بالتزوير بطريقة فرعية لاثبات تزوير المحرر الذي بنى عليه الحكم، وإنما يكون له إثبات ذلك بالسير في دعوى التزوير الجنائية أو بإقامة دعوى تزوير أصلية[2] .

الشرط الثاني : الادعاء بالتزوير:

على من يرغب من الخصوم الادعاء بالتزوير أن يسلك الطريق الذي رسمه القانون لذلك -أي التقرير به في قلم كتاب المحكمة ، المنظورة أمامها الدعوى[3] ، مع بيان شواهد التزوير ومواضعه[4] ، بصورة واضحة لاغموض فيها[5] ؛ فلايكفي أن

---

(١) نقض مدني جلسة ١٧ اكتوبر ١٩٧٩ الطعن رقم ٣٨٤ لسنة ٤٥ ق. وجلسة ٢٨ يونية ١٩٧٦ مجموعة النقض س٢٧ ص١٤٣٢. ويعد ذلك تطبيقاً لنص المادة ٢١٢ من قانون المرافعات.

(٢) د. عبدالوهاب العشماوي، اجراءات الاثبات، بند ٤٤ ص٧٠.

(٣) والحكمة من هذا التقرير هي حمل الطاعن على التروي في الأمر من جهة ومن جهة أخري لكي يتمكن قلم الكتاب من معرفة أوصاف المحرر واتخاذ اللازم للمحافظة عليه. د.عبدالحكم فودة، الطعن بالتزوير في المواد المدنية والجنائية ١٩٩٣ بند ٤٤ ص٤١.

(٤) المادة ٤٩ من قانون الاثبات. وشواهد التزوير هي الوقائع والظروف والقرائن والامارات التي يستند إليها المدعى وتشهد على تزوير المحرر، وكذلك بيان وسائل الاثبات المختلفة واجراءات التحقيق التي يمكن اتباعها لاثبات التزوير. محمد وعبدالوهاب العشماوي قواعد المرافعات بند ٩٤٩ ص٥٢١.

(٥) نقض مدني، جلسة ١١ ابريل ١٩٣٥ الطعن رقم ٧٨ لسنة ٤ق .

يلوّح الخصم برغبته في اتخاذ إجراءات الطعن بالتزوير[1] ؛ كما لو طلب من المحكمة تأخير الفصل في الدعوى ليتمكن من الادعاء بتزوير ورقة رفعت الدعوى بناء عليها أو طلب إعادة الدعوى إلى ا لمرافعة لاتاحة الفرصة له بذلك، ولكنه لم يفعل في الحالتين لأنه لايبغي إلا المماطلة وكسب الوقت[2] .

ولايكفي للادعاء بالتزوير مجرد قول الخصم أمام المحكمة بأن المستند المقدم في الدعوى مزور، ولو اشتمل دفاعه على الاحتفاظ بالحق في الطعن دون أن يتخذ حياله اجراءات الطعن بالتزوير[3] ؛ وإنما العبرة هي باتخاذ طريق الطعن بالتزوير وفقاً لما رسمه القانون في نص المادة ٤٩ من قانون الاثبات -أي التقرير به في قلم كتاب المحكمة، فهذا التقرير هو وحده المعول عليه في بيان المحررات المدعى بتزويرها وفي تحديد مواضع التزوير[4] . ويجب أن تتضمن شواهد التزوير الوقائع والظروف والقرائن وأوجه الثبوت التي يؤيد بها مدعي التزوير ادعاءه وأن يظهر

---

(١) نقض مدني ، جلسة ١١ يناير ١٩٧٨ الطعن رقم ٣٥ لسنة ٤٥ مجموعة النقض س٢٩ ص١٦٣.

(٢) نقض مدني جلسة ٥ ابريل ١٩٧٨ الطعنان ٤١٣، ٤٣٢ لسنة ٤٤ق .

(٣) نقض مدني جلسة ٢٥ ابريل ١٩٨١ الطعن رقم ٢٧٩ لسنة ٤٧ ق. ورد في : أحكام ومبادىء النقض في مائه عام، مركز الأبحاث والدراسات القانونية ١٩٩٥ الجزء الأول ص٢٥١.

(٤) ويلاحظ أن التقرير في قلم الكتاب بالطعن بالتزوير هو رخصة قررها المشرع للخصم إن شاء استعملها دونما حاجة إلى الترخيص بذلك من المحكمة. نقض مدني جلسة ٥ مارس ١٩٧٩ الطعن رقم ٢٤ لسنة ٤٤ق. ولايجوز للمدعى بالتزوير أن يضيف إلى دفاعه أمام المحكمة أو في مذكرة شواهد التزوير الإدعاء بتزوير أي محرر آخر لم يشمله تقرير الطعن أو إضافة مواضع أخرى في المحرر غير تلك التي حددها في التقرير لأن ذلك يعد منه ادعاء بغير الطريق الذي رسمه القانون. نقض مدني جلسة ٤ فبراير ١٩٨٠ الطعن رقم ١٠٤٠ لسنة ٤٧. ومع ذلك يجوز للمدعي بالتزوير أن يضيف قرائن جديدة إلى تلك التي أوردها بمذكرة شواهد التزوير. نقض مدني جلسة ١٠ يونية ١٩٨٢ الطعن رقم ٤٦٢ لسنة ٤٨ق .

استعداده لتقديمها وإقامة الدليل على وجاهتها[1] .

الشرط الثالث : أن تكون للمدعي بالتزوير مصلحة :

من المسلم به قانوناً أنه لايقبل أي طلب أو دفع لاتكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون، ولما كان الطعن بالتزوير بمثابة دعوى فرعية فإنه يدور وجوداً وعدماً مع وجود المصلحة منه، فإن لم تكن للمدعي مصلحة في دعوى التزوير وجب الحكم بعدم قبولها[2] ؛ لأن القضاء لايقبل الفصل فيما يختلف الناس فيه إلا إذا كانت هناك فائدة مرجوة تعود من هذا الخلاف، يستوي بعد ذلك، إن كانت هذه الفائدة مادية أو معنوية[3] . فإذا طعن خصم في ورقة مقدمة من خصمه وكانت الورقة المدعى بتزويرها لايمكن الاحتجاج بها على الطاعن قانوناً كانت دعوى التزوير نافلة ويتعين عدم قبولها، إذ من العبث تكليف الخصوم باثبات مالو ثبت بالفعل ما كان منتجاً في موضوع الدعوى[4] .

ولايعتبر الطعن بالتزوير منتجاً، وبالتالي يتعين عدم قبوله إذا كان غير ذي أثر في موضوع الدعوى[5] ، أو إذا كان المدعى عليه في دعوى التزوير قد صادق مدعى

---

(١) د. عبدالوهاب العشماوي، مرجع سابق، بند ٤٨ ص ٧٦وفي نفس المعنى انظر :
Req 4 juil. 1876. D.P. 1877. I. P59

(٢) جرجا جزئي جلسة ١٣ ديسمبر ١٩٢٦ مجلة المحاماة س٨ ص٣٩٢.

(٣) استئناف مصر جلسة ٩ يونية ١٩٣٠ مرجع القضاء ص٢١٠٣ بند ٨٢٦٠.

(٤) استئناف مصر جلسة ٢٩ مارس ١٩٢٤ مجلة المحاماة س٤ ص٧٣٥. ونقض مدني جلسة ١٧ ديسمبر ١٩٦٤ مجموعة النقض س١٥ ص١١٧٩. وجلسة ١٥ ابريل ١٩٨٠ الطعن رقم ٩٦١ لسنة ٤٤ق .

(٥) نقض مدني جلسة ١٦ مارس ١٩٦٧ مجموعة النقض س١٨ ص٦٦٥. وفي نفس المعنى : استئناف مصر، جلسة ٢٠ فبراير١٩٠٢، مرجع القضاء ص٢١١٣ بند٨٣٠. نقض مدني جلسة١٧ نوفمبر١٩٣٨ الطعن رقم٥٢ لسنة ٨ق.

التزوير على جوهر الواقعة المطلوب إثباتها، أو إذا طعن أحد خصوم الدعوى بالتزوير في ورقة ليس له التوقيع عليها ولاحجية لها قبله بالنسبة لمن قدمها[1] .

أسباب إساءة المدعى عليه لحقه في الطعن بالتزوير :

وإذا كان المشرع قد أعطى لكل خصم في الدعوى الحق في الادعاء بالتزوير متى توافرت شروطه؛ إلا أن بعض الخصوم -خاصة المدعى عليهم- قد أساءوا في استخدام هذه الرخصة بقصد عرقلة الفصل في المنازعات المطروحة أمام المحاكم.

فقد ثبت في الواقع أمام المحاكم أن أكثر من ٩٠٪ من حالات الطعن بالتزوير كانت كيدية فلا هدف من ورائها إلا كسب الوقت وإطالة أمد التقاضي وتضليل العدالة[2] . ولِمَ لايفعل الخصم ذلك مادام القانون يدلله، فالمدعى عليه يتعمد – في أغلب الأحوال- إعنات خصمه والضغط على أعصابه، فما أسهل عليه من الطعن بالتزوير في كل أو بعض المستندات المقدمة من المدعي، نعم يطعن فيها رغم علمه بأنها صحيحه، ومما يؤسف له حقاً أن القانون هو الذي ييسر للخصم سلوك مثل هذا الطريق، وسوف نبين ذلك فيما يلي :

إن المادة ٤٩ من قانون الإثبات تعطيه الحق في أن يطعن بالتزوير في أي مستند مقدم في الدعوى منذ بدئها وحتى إغلاق باب المرافعة فيها، وهذا يعني أنه بإمكان المدعى عليه أن يسلك هذا الطريق ولو كانت الدعوى مهيأة للفصل فيها،

---

(١) نقض مدني جلسة ١٧ نوفمبر ١٩٣٨ الطعن رقم ٥٢ لسنة ٨ ق ورد في أحكام ومبادىء النقض في مائة عام، مرجع سابق، ص٣٥٨.

(٢) د. محمد مجدي مرجان، ثورة العدالة ص٢٣.

فلماذا لايعنت خصمه ويسيء إلى سمعته، مادام الحكم في النهاية سيكون في غير مصلحته. فمتى طعن بالتزوير في أحد المستندات المقدمة في الدعوى تعين وقف سير الدعوى الأصلية حتى يفصل في هذا الادعاء، إذ يجب على المحكمة أن تفصل في الادعاء بالتزوير قبل الفصل في موضوع الدعوى الأصلية، فليس لها أن تفصل فيهما بحكم واحد[1] ، وذلك حتى لايحرم الخصم من أن يقدم ماعسى أن يكون لديه من أدلة قانونية أخرى لإثبات ماأراد إثباته بتلك الورقة[2] ، لافرق في ذلك بين أن يكون القضاء صادراً بصحة المستند أو بطلانه[3] .

وما أدراك ما الطعن بالتزوير، فقد يطول لعدة سنوات -لايعلمها إلا الله وحده- مابين قيام المحكمة باستكتاب كل من الطاعن بالتزوير والمتمسك بالورقة تمهيداً لمضاهاة خطوطهم وتوقيعاتهم وحضور أحدهما وغياب الآخر، ثم إصدار المحكمة حكماً تمهيدياً بندب خبير لفحص الخطوط [4] ، وتقاعس الخصم عمداً عن دفع أتعاب الخبير، ثم إرسال الأوراق إلى الخبير للقيام بالفحص وبقائها في مكتب الخبراء لحين إتمام المأمورية، وبعد أن يأتي التقرير إلى المحكمة تؤجل الدعوى لإعلان الخصوم بورود التقرير، فإذا حضر الخصوم طلب المدعى عليه المماطل أجلاً ليتمكن من إبداء

(١) أ.د. فتحي والي، الوسيط بند ٢٩٨ ص٥٣٢ ومابعدها.

(٢) نقض مدني جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٦٥ مجموعة النقض س١٦ ص١١٠٥.

(٣) د. عبدالوهاب العشماوي، مرجع سابق بند ٥٣ ص٨٧.

(٤) ويترتب على حكم المحكمة بالتحقيق عملاً بنص المادة ٥٢ من قانون الإثبات، وقف صلاحية المحرر المدعي بتزويره للتنفيذ دون أن يخل ذلك باتخاذ الاجراءات التحفظية بناء على هذا المحرر لاحتمال أن يحكم بصحته " المادة ٥٥ اثبات" والفكرة في ذلك أن المحكمة لاتحكم بالتحقيق إلا إذا كان الادعاء بالتزوير منتجاً ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدة المحكمة في شأن صحة المحرر أو تزويره. المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات الملغى.

ملاحظاته على التقرير، وقد يحلو له أن يطلب من المحكمة ندب خبير آخر أو عدة خبراء، ليس هذا فحسب بل يمكنه إحضار تقرير استشاري من خبير على حسابه يؤكد فيه للمحكمة وبأسلوب فني محترف كل مزاعم المدعي بالتزوير.

وفي نهاية المطاف وبعد أن تكون الدعوى قد سلخت أمام القضاء وقتاً طويلاً تأتي النتيجة التي يعلم المدعي بالتزوير أنها آتية لامحالة، وهي الحكم برفض ادعاءه بالتزوير وبصحة المستند أو المحرر الذي كان محلاً للطعن. عندئذٍ لايكون بوسع المحكمة إلا أن تطبق المادة ٥٦ من قانون الإثبات والتي تنص على أنه "إذا حكم بسقوط حق مدعي التزوير في ادعائه أو برفضه حكم عليه بغرامة لاتقل عن مائتين وخمسين جنيهاً ولاتجاوز ألف جنيه ولايحكم عليه بشيء إذا ثبت بعض ما ادعاه"[1].

ويتضح لنا أن هذا النص قد اشتمل على فرضين : تعرض الأول منهما للجزاء الذي أوجب القانون توقيعه على المدعي بالتزوير عند تقرير سقوط حقه في دعواه أو عجزه عن إثباتها. إذ يجب على المحكمة وفقاً لنص المادة ٥٦ أن تقضي بالغرامة التي لاتقل عن مائتين وخمسين جنيهاً ولاتزيد عن ألف جنيه على المدعى بالتزوير

(١) ويلاحظ هنا أن قيمة الغرامة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من نص المادة٥٦ اثبات قد تم رفعها إلى عشرة أمثالها بموجب القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ والمعمول به اعتباراً من ١ اكتوبر ١٩٩٢ " المادة الخامسة من قانون الاصدار". وقد كانت هذه الغرامة في ظل المادة ٥٦ اثبات قبل التعديل لاتقل عن خمسة وعشرين جنيهاً ولاتزيد عن مائة؛ أما في ظل المادة ٢٨٨ من قانون المرافعات رقم ٤٧ لسنة ١٩٤٩ فإنها كانت لاتزيد عن عشرة جنيهات.

في حالة الحكم بسقوط هذا الادعاء أو برفضه[1] ، مما يعني عدم جدية الطاعن بالتزوير في طعنه، حيث أنه لايبغى من ذلك إلا تعطيل الفصل في الدعوى الأصلية[2] ، أما الفرض الثاني الذي ورد في النص هو إعفاء المدعي بالتزوير في حالة ثبوت بعض ما ادعاه[3] . وسوف نقصر دراستنا على الفرض الأول وهو المتعلق بالجزاء الذي يوقع على المدعي بالتزوير وذلك فيما يلي :

وفقاً لنص المادة ٤٩ من قانون الإثبات فإنه يجوز للمحكمة أن تقضي بسقوط الادعاء بالتزوير، إذا لم يقم مدعي التزوير بإعلان خصمه بشواهد التزوير في الأيام الثمانية التالية للتقرير به في قلم كتاب المحكمة، وهذا يعني أنه يجوز للمحكمة أن تقضي بالسقوط أو لاتقضي به وفقاً لما تراه وحسب ظروف كل حالة، فلو أعلن مدعي التزوير خصمه بعد انقضاء الأجل المقرر، فإنه لايتحتم على المحكمة الحكم بالسقوط، فقد ترى أن هناك مبرراً لعدم مراعاة هذا الميعاد وبالتالي ترفض

---

(١) والغرامة التي يحكم بها على مدعى التزوير عند تقرير سقوط حقه في دعواه أو عجزه هي جزاء أوجبه القانون تحكم به المحكمة لصالح الخزانة العامة من تلقاء نفسها ولو لم يطلبه أحد الخصوم ولو أمام محكمة الاستئناف. نقض مدني جلسة ٢٨ ابريل ١٩٥٥مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ سنة الجزء الأول ق١٠ ص٤٢٣. ولاتجري على الغرامة أحوال الرأفة، استئناف مختلط، جلسة ٨ ابريل ١٩٠٢ مرجع القضاء ص٢١١٥ ص٨٣٢٠. وتنفذ الغرامة المحكوم بها وفقاً لنص المادة ٥٦ اثبات بالكيفية والأوضاع المنصوص عليها في قانون المرافعات.

(٢) د. عبدالحكم فودة، المرجع سابق ص١٣٩.

(٣) وشرط اعفاء مدعي التزوير من الغرامة ثبوت بعض ما ادعاه من تزوير لا مايكون قد ابداه على سبيل الاحتياط من دفاع موضوعي آخر، كما إذا دفع أصلياً بأن العقد مزور واحتياطياً بأنه في حقيقته وصية وليس بيعاً وانتهت المحكمة إلى رفض الادعاء بالتزوير واعتبار العقد وصية. نقض مدني جلسة ٩ مايو ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض س١٩، ص٩٢٤

طلب الحكم بسقوط الادعاء[١] ؛ لأن الغرض من تقرير ميعاد الثمانية أيام هو الرغبة في منع التطويل والتأخير في سير الإجراءات[٢] ، أي حث مدعى التزوير على التعجيل في إثبات صحة ادعائه والسير في الإجراءات حتى لايبقى الموضوع الأصلي معلقاً، بحيث إذا تباطأ فيها تعرض لخطر الحكم بسقوط ادعائه بعد انقضاء الأجل.[٣]

وإذا كان يجوز للمحكمة وفقاً لنص المادة ٤٩ من قانون الإثبات أن تحكم أو لاتحكم بسقوط الادعاء بالتزوير، لكن إذا ما قضت المحكمة بسقوط هذا الادعاء، فإنه يجب عليها أن تحكم على المدعي بالغرامة من تلقاء نفسها ولو لم يطلب أحد الخصوم ذلك[٤] .

ويجب على المحكمة وفقاً لنص المادة ٥٦ من قانون الإثبات أن تحكم بغرامة لاتقل عن مائتين وخمسين جنيهاً ولاتزيد عن ألف على المدعي بالتزوير عند رفض

---

(١) فللمحكمة سلطة تقدير ماإذا كان يجب الحكم بسقوط دعوى التزوير أم لا، المنصورة جلسة ٦ مايو ١٨٩١ مجلة الحقوق س٦ ص٩٨ . وفي نفس الاتجاه قضت محكمة النقض بأنه " وإن كانت المادة ٤٩ من قانون الاثبات توجب على مدعي التزوير أن يعلن خصمه بمذكرة شواهد التزوير في ثمانية الأيام التالية للتقرير به وإلا جاز الحكم بسقوط ادعائه، وكان المطعون ضده قد تأخر في إعلان مذكرة الشواهد إلى الطاعن في ذلك الميعاد ، إلا أنه لما كان الجزاء المذكور جوازياً للمحكمة، وكانت هذه المحكمة لاتجد في ظروف الدعوي ممايدعو إلى أعماله فإنها ترفض طلب الحكم بسقوط الادعاء. جلسة ٧ مايو ١٩٧٤ مجموعة النقض س٢٥ ص٨١٣.

(٢) استئناف مختلط جلسة ٢٣ فبراير١٩٠٧ المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية ١٩ ص ١٢٦.

(٣) د. محمد وعبدالوهاب العشماوي، قواعد المرافعات الجزء الثاني ص٢. والأحكام المشار إليها في هامش١. انظر أيضاً : د. عبدالحكم فودة، مرجع سابق، ص٤٤، ٤٥.

(٤) نقض مدني، جلسة ٢٨ ابريل ١٩٥٥ مذكور من قبل.

ادعائه والحكم بصحة الورقة المطعون فيها(1) ، ولا تتعدد هذه الغرامة وفقاً لما استقر على القضاء بتعدد الأوراق المطعون فيها(2) ، ولا بتعدد المدعين بالتزوير متى كان ادعاؤهم واحداً وحاصلاً بتقرير واحد(3) ، وكان منصباً على ورقة أو أوراق مرتبطة ببعضها(4) .

---

(١) فإذا رفضت دعوى التزوير وحكم بصحة الأوراق المطعون فيها وجب الحكم بالغرامة ولايجيز القانون اعفاء مدعي التزوير فيها من الغرامة إلا إذا ثبت بعض ماادعاه من التزوير. فإذا حكمت المحكمة بالاعفاء من الغرامة بناء على أن الحكم بالغرامة جوازي أن شاءت قضت به على مدعي التزوير وإن شاءت أعفته منه -كان قضاؤها بذلك مخالفاً للقانون. مذكرة رقم ٥٣ بتاريخ ١٢ ابريل ١٩٢٥. مذكرات لجنة المراقبة القضائية، القسم الأول في المواد المدنية والتجارية ١٩٣٧ ص١٤٨.

(٢) فلو طعن شخص بالتزوير في سند وفي توكيل شرعي ونظرتهما المحكمة في جلسة واحدة وفصلت فيها بحكم واحد بصحة الطعن بالنسبة للسند وعدم صحته بالنسبة للتوكيل الشرعي، فإن لامحل للحكم على المستأنف بالغرامة لأنه وإن يكن قد طعن في كل من الورقتين علي حدة إلا أن دعواه تعتبر دعوي تزوير ثبت بعض ا لمدعى به فيها طبقاً للمادة الثانية من المادة ٢٩١ مرافعات. استئناف مصر، جلسة ١٠ يناير ١٩١٢ المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية ١٣ ص٦٧. ولكن تتعدد الغرامة بتعدد الادعاء ذاته سواء أكان في صحيفة دعوى تزوير أصلية أم في تقرير ادعاء أمام قلم الكتاب في دعوى قائمة. نقض مدني جلسة ٢٧ يناير ١٩٧٤ مجموعة النقض س٢٥ ص١٤٢٧.

(٣) كفر الشيخ جزئي، جلسة ٢٣ ابريل ١٩١٨ مرجع القضاء ص٢١٢ بند ٨٣٠٥. نقض مدني جلسة ٢٧ نيابر ١٩٦٩ مجموعة النقض س٢٠ ص٣٨٣ . وفي نفس المعنى أنظر: Taulose, 18, juin 1875, D . P 1978 II p. 214 .

(٤) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه " إذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق أن ادعاء الطاعنين بالتزوير تم بتقرير واحد، وانصب على عقد البيع المنسوب صدوره لمورثهم تأسيساً على أن بصمتي الختم والاصبع المنسوبتين لها مزورتان وانصب أيضاً على بصمة الابهام المنسوبة لها على الإعلان الاداري الموجه إليها في الدعوى المذكورة، وعلى بصمة ختمها في إعادة الاعلان وعلى بصمة ختمها على أصل اعلان الحكم رقم ... الذي صدر ضدها بصحة ونفاذ العقد المذكور، فإن هذا الادعاء يكون واحداً، وبتقرير واحد قصد به رد وبطلان عقد البيع المنسوب صدوره لمورثهم لتزوير بصمتي ختمها واصبعها وبطلان اجراءات التقاضي في الدعوى التي أقيمت بصحة ونفاذ هذا العقد، وبطلان إعلان الحكم الذي صدر لذات السبب وهو تزوير بصمتي الختم والاصبع. مما يقتضي أن يكون الحكم عليهم بغرامة واحدة إذا مافشلوا في ادعائهم بالتزوير وإذا كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى على كل=

ولكن يبدو لنا أن ما استقر عليه القضاء في هذا الخصوص، أي عدم الحكم إلا بغرامة واحدة -في حالة سقوط الادعاء أو رفضه- ولو تعدد المدعين بالتزوير أو تعددت الأوراق المطعون فيها فيه تساهل كبير من جانب المشرع، بل إنه يمثل دعوة لضعاف النفوس من الطعن في كل الأوراق المقدمة في الدعوى لا لشيء إلا بقصد الكيد وإطالة أمد الخصومة.

ولنا أن نتصور في هذه ا لحالة أن المستندات المقدمة في الدعوى كانت عديدة ومتنوعة، بل ربما كانت في حاجة لتحقيقها من أكثر من جهة، وهذا يستغرق وقتاً مضاعفاً، ولذلك نهيب بالمشرع أن يرخص للمحكمة -متى ثبت لها أن تعدد المدعين بالطعن أو تعدد الأوراق المطعون فيها لم يكن إلا بقصد الإساءة ومضيعة الوقت والضغط على الخصم الآخر- أن تحكم بالجزاء الرادع لوقف هذا الاستهتار بالعدالة، ولا أقل من أن تحكم بتعدد الغرامة على من يدعي بتزوير كل أو بعض الأوراق المقدمة في الدعوى وهو على يقين من صحتها إن مانطالب به ليس بدعة، بل أخذ به المشرع في نص المادة ٢/١٥٩ من قانون المرافعات والذي يقرر أن تتعدد الغرامة بتعدد القضاة المطلوب ردهم.

وقد يوجه لنا القول، بأن وضع القاضي يقتضي هذا التشديد حتى لايسيء الخصوم لشخص القاضي، إلا أننا نرى أن الحكمة ستكون واحدة في الأمرين؛ لأن أغلب طلبات الرد التي تطرح أمام المحاكم لم يكن القصد منها الإساءة لشخص

= منهم بغرامات متعددة بقدر الأوراق المطعون فيها فاته يكون قد أخطأ في القانون. جلسة ١١ مايو ١٩٧٢. مجموعة النقض س٢٣ ص٨٥٢.

القاضي -في أغلب الأحوال- بقدر مايقصد منها عرقلة سير الخصومة ليس إلا؛ إذ يتخذ الخصم طلب الرد كمطية لتحقيق أغراضه الخبيثة، والسبب في اللجوء إلى مثل هذه الطرق الملتوية معروف لنا جميعاً وهو انعدام الجزاء الذي يجعل الخصم المماطل يفكر كثيراً قبل طلب الرد الذي لم يكن له أساس في الواقع، أو الطعن بالتزوير في محرر وهو على يقين من أنه صحيح.

وقد يقال أن هذا الاقتراح يضيق من حقوق الدفاع، خاصة وأنه يجوز للمحكمة وفقاً لنص المادة ٥٢ من قانون الإثبات أن ترفض الطعن بالتزوير إذا كان غير منتج في الدعوى الأصلية، ولكن ذلك لايحدث في الواقع إلا نادراً، كما لو انصب الطعن بالتزوير على ورقة لا علاقة لها بالنزاع، وهذا الأمر لاتستبينه المحكمة بسهولة؛ فقد يحتاج منها إلى تحقيق يستغرق وقتاً طويلاً الأمر الذي يدفعها -وتحت ضغط العمل- إلى ندب خبير لفحص الادعاء بالتزوير[(١)] .

إن مسألة الطعن بالتزوير في غاية الخطورة بما يترتب عليها من نتائج تمس المدعى عليه بالتزوير فضلاً عن أنها تعرقل سير العدالة -خاصة وأن الدعوى لم تكن إلا في مرحلتها الأولى، بل ربما يتنازل المدعي بالتزوير عن ادعائه فلا يقع عليه أي جزاء؛ لأن نص المادة ٥٦ إثبات قد جعل الحكم بالغرامة في حالتي سقوط الادعاء ورفضه فقط.

وإذا كان مناط الحكم بالغرامة وفقاً لنص المادة ٥٦ من قانون الإثبات هو القضاء بسقوط حق مدعي التزوير أو برفض دعواه، ولايحكم عليه بشيء إذا ثبت

---

(١) د. محمد مجدي مرجان، مرجع سابق ص٢٧.

بعض ماادعاه، فإنه يستفاد من ذلك -ووفقاً لما ستقر عليه القضاء- أنه لايجوز الحكم بالغرامة في حالة التنازل عن الطعن بالتزوير أو ترك الخصومة فيه، أو في حالة إنهاء إجراءات الادعاء به بسبب تنازل المدعي عليه فيها عن التمسك بالورقة أو بجزئها المطعون فيه[1] ، كما أنه لايحكم بالغرامة التي يقررها نص المادة ٥٦ في حالة الحكم بعدم قبول دعوى التزوير لكونها غير منتجة في الدعوى الأصلية.

إمكانية الحكم بالغرامة على المدعى بالتزوير في حالة تنازله عن هذا الادعاء :

نظراً لأن المشرع لم يوجب الحكم بالغرامة على المدعى بالتزوير سوى في حالتين هما: سقوط الادعاء بالتزوير ورفضه. فقد ثار التساؤل حول إمكانية الحكم بالغرامة على المدعى بالتزوير الذي يتنازل في أي وقت وقبل إقفال باب المرافعة -ولو في مرحلة حجز القضية للحكم- عن هذا الادعاء بعد أن تكون الإجراءات قد قطعت شوطاً طويلاً. حول ذلك انقسم الرأي بين معارض للحكم بالغرامة في حالة التنازل عن الادعاء بالتزوير أو تركه لعدم النص على ذلك، وبين مؤيد لضرورة الحكم بها. وسوف نتعرض أولاً لهذين الاتجاهين ثم ندلو بدلونا بعد ذلك :

الاتجاه المعارض للحكم بالغرامة في حالة التنازل أو الترك :

يخلص هذا الرأي إلى أنه مادامت الخصومة لا تتعلق بمصلحة عامة فيكون من

---

(١) المادة ٥٧ من قانون الاثبات. وتطبيقاً لهذا النص قضت محكمة النقض على أنه " لمن ادعى ضده بتزوير ورقة مقدمة منه أن ينهي اجراءات الادعاء بالتزوير في أية حالة تكون عليها الاجراءات بنزوله عن التمسك بتلك الورقة وذلك بغير توقف على قبول مدعى التزوير ولايكون له سوى أن يطلب من المحكمة ضبط الورقة أو حفظها متى كانت له مصلحة مشروعة في ذلك " جلسة ٢٨ مارس ١٩٦٦ مجموعة النقض س١٧ ص٧٤٠.

الجائز تركها؛ إذ لايوجد في القانون مايمنع من يطعن في الورقة بالتزوير أن يتنازل عن حقه ويتصالح مع خصمه في الدعوى متى توافرت فيه الأهلية اللازمة لذلك[1] ، وعليه فإنه يجوز ترك الخصومة في دعوى التزوير وفي هذه الحالة لايحكم على التارك بالغرامة القانونية حتى ولو كان المدعى عليه في دعوى التزوير قد أبدى طلباته فيها بالحكم برفض الادعاء بالتزوير وبصحة الورقة، لأن الادعاء بالتزوير دفاع موضوعي ودليل في الدعوى وليس دعوى مستقلة[2] .

وقد استطرد هذا الاتجاه قائلاً لماذا يحكم بالغرامة على المدعي بالتزوير الذي تنازل عن ادعائه ونص المادة ٥٦ من قانون الإثبات قد فرضت الغرامة في حالة رفض الإدعاء بالتزوير أو سقوط الحق فيه دون غيرها من الحالات[3] .

وتطبيقاً لذلك جرت أحكام القضاء على أن " مناط الحكم بغرامة التزوير وفقاً لنص المادة ٢٨٨ من قانون المرافعات[4] ، هو القضاء بسقوط حق مدعى التزوير أو رفض دعواه، فلا يجوز القضاء بها في غير هاتين الحالتين[5] ؛ باعتبار أن الغرامة قد وضعت جزاء لمن اتخذ طريق الطعن بالتزوير وأخفق فيه، ولما كان الترك لايفيد الاخفاق[6] ، فإنه لا وجه للحكم بالغرامة على المدعى بالتزوير إذا تنازل عن هذا

---

(١) نقض مدني جلسة ٢٠ مايو ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ عاماً الجزء الأول ص ٤٣٢ قاعة رقم ١٠٥٣.

(٢) محمد وعبدالوهاب العشماوي، قواعد المرافعات الجزء الثاني ص٥٢٦ ومابعدها. أ.د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع الطبعة الثالثة ص٦٨٢.

(٣) الدناصوري وعكاز التعليق على قانون الاثبات الطبعة السابعة ص٢٨٠.

(٤) وهو يقابل نص المادة ٥٦ من قانون الإثبات.

(٥) نقض ٧ ابريل ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض س٦ ص٩٢٥. وجلسة ١٨ ابريل ١٩٦٨ مجموعة النقض س١٩ ص٧٨٠.

(٦) استئناف مختلط ١٩١٠ مجموعة التشريع والقضاء المختلط س٢٢ ص٢٧٦.

الادعاء قبل أن يصدر حكم في الدعوى[1] ؛ إذ لم يتبين عجزه عن اثبات دعواه"[2] .

بل أكثر من ذلك ذهب البعض[3]؛ إلى أنه يجوز لمدعي التزوير أن يتنازل عن طعنه أمام المحكمة الاستئنافية مقرراً ترك الخصومة فيه، وبالتالي لايحكم عليه بالغرامة؛ لأن الخصومة في الاستئناف ما هي إلا امتداداً للخصومة أمام محكمة أول درجة. فإذا حصل صلح بين الخصمين أثناء دعوى استئنافية رفعت عن حكم أصلي وعن حكم قضى برفض دعوى تزوير مرفوعة أثناء الدعوى الأصلية وصدقت المحكمة الاستئنافية على هذا الصلح فلا يلزم مدعي التزوير بالغرامة المنصوص عليها فإن كان قد دفعها من قبل أمر بإرجاعها إليه [4] .

الاتجاه المؤيد للحكم بالغرامة في حالة التنازل عن الادعاء بالتزوير أو تركه :

ويخلص هذا الاتجاه؛ أنه للمحكمة بناء على طلب المدعى عليه الحق في عدم قبول تنازل المدعي في دعوى التزوير والحكم عليه بالغرامة، متى ظهر لها أن المدعي قد عجز عن إثبات دعواه وأن غرضه من التنازل هو خشية الفشل فيها والهروب من الغرامة القانونية[5] ، كما لو تنازل المدعي بالتزوير عن دعواه قبل

---

(١) مصر جلسة ٦ فبراير ١٩٢٤ مرجع القضاء ص٢١١٣ بند ٨٣١٠. نقض مدني جلسة ١٨ ابريل ١٩٦٨ الطعن رقم ١٨٩ لسنة ٣٣ق.

(٢) استئناف مصر جلسة ٢٢ اكتوبر ١٩٣٠، مرجع القضاء ص٢١١٣ بند ٨٣١٢.

(٣) الدناصوري وعكاز، التعليق على قانون الاثبات، الطبعة السابعة، ص٢٨١.

(٤) الموسكي، جلسة ٢٧ اكتوبر ١٩٠٦ مجلة الحقوق س ٢٢ ص١٣٠ . ومرجع القضاء بند ٨٣١٥ ص٢١١٤.

(٥) ومن باب أولى يجوز للمحكمة رفض ترك دعوى التزوير. استئناف طنطا، جلسة ٢٥ مارس ١٩٣٠ المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية س٣١ ص٢٥٤. ومجلة المحاماة س١٠ ص ٧٠٢.

ثبوت كذبه في الدعوى[1] ؛ أو بعد أن حكمت المحكمة بتعيين أهل الخبرة للتحقيق[2]

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة -وبحق- بأن الخصم الذي طعن بالتزوير ثم تنازل عنه يحكم عليه بالغرامة مثل الشخص الذي طعن وحكم بسقوط حقه أو أخفق في إثبات التزوير[3] .

وعلى المحكمة أن تقضي بالغرامة على مدعي التزوير ولو تصالح مع خصمه في الدعوى الأصلية[4] ، يستوي أن يتم هذا الصلح أمام محكمة أول درجة[5] ، أو أمام محكمة الاستئناف، فمتى حكم ابتدائياً على مدعي التزوير برفض دعواه وبالغرامة فلا يعفى من دفعها ولو تصالح مع خصمه ولو أثناء نظر القضية في الاستئناف أو ترك الخصومة فيها [6] ؛ إذ لاتأثير لهذا الصلح متى ثبت إقرار الطاعن

---

(١) د. أبو هيف، المرافعات بند ٨٨٦ ص٦٢٧. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف طنطا بأنه ؛ إذا أصبح المدعي في دعوى تزوير عرضة لسقوط حقه فيها بمقتضى المادتين ٢٧٩، ٢٨٠ من قانون المرافعات فتنازله بمحض إرادته عن دعواه لايجعل القاضي ممنوعاً من الحكم بسقوط حقه فيها والزامه بالغرامة. جلسة ٢٧ نوفمبر ١٩٠٦ المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية س٨ ص٨٢ مجلة الحقوق س٢٢ ص١٥١.

(٢) استئناف مختلط جلسة ٢٦ يناير ١٩١٦ مجموعة التشريع والقضاء المختلط س٢٨ ص١٢٥ . أشار إليه د: أبو هيف ص ٦٢٨ .

(٣) استئناف مختلط جلسة ٢٠ ابريل ١٩١٠ مجموعة التشريع والقضاء المختلط س٢٢ ص١٧١ .

(٤) استئناف جلسة ٣ ديسمبر ١٩١٧ مرجع القضاء ص٢١١٤ بند ٨٣١٦.

(٥) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف مصر بأنه " إذا حكم بالغرامة المنصوص عليها في المادة ٢٩١ من قانون المرافعات على مدعي التزوير بدعوي فرعية ثم تصالح مع خصمه بعد ذلك في الدعوى الأصلية فلا يمنع هذا الصلح من الزامه بدفع الغرامة. جلسة ٣ نوفمبر ١٩٠٧ المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية س٩ ص٢٣٤ مجلة الحقوق س٢٣ ص٢٣١.

(٦) أ.د:أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الاثبات ١٩٨١ الطبعة الثانية ١٧٥١.

بالتزوير بصحة السند الذي طعن فيه[1] ، ولذلك فإن الصلح لايؤثر حقيقة على الغرامة إلا إذا ثبت أن الطاعن لم يكن سيء النية ولم يصدر منه مايشعر بأنه اعتبر السند المطعون فيه صحيحاً في أي وقت من الأوقات ولابد أن يثبت ذلك من الصلح الذي تم بين الخصوم، ويستحسن أن يطلب من محكمة الاستئناف مع التصديق على الصلح الحكم برفع الغرامة منعاً للإشكال[2] .

وإذا كان المشرع قد فرض الغرامة على من يطعن بالتزوير ويقدم أدلة عليه لايستطيع إثبات صحتها وإن كانت في نفسها صالحة ومقبولة فمن باب أولى يكون الشارع قد أراد أن يقضي بالغرامة على من يجرؤ فيدعي بالتزوير دون أن تكون لديه أدلة مقبولة [3] .

رأينا في الموضوع :

إذا كانت المادة ٥٦ من قانون الإثبات لم تنص صراحة على الغرامة إلا في حالة سقوط الحق في الادعاء بالتزوير أو رفضه، إلا أننا نرى أن قواعد العدل والإنصاف تقتضي إعمال هذا الحكم أيضاً -أي الحكم بالغرامة- في حالة ماإذا كانت الأدلة المقدمة في دعوى التزوير الفرعية غير جائزة القبول أو لاتعلق لها بالدعوى ومن باب أولى يجب الحكم بالغرامة إذا تنازل المدعي بالتزوير عن دعواه، إذ لافرق - من وجهة نظرنا- بين مدعي التزوير الذي يسقط حقه لعدم تقديم أدلته في الميعاد

(١) الموسكي جلسة ١٣ ديسمبر ١٩١٧ المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية س١٩ ص٩٧.

(٢) د. أبوهيف، المرافعات المدنية والتجارية، هامش ٣ ص٦٢٧، ٦٢٨.

(٣) مذكرة مراقبة ١٨٩٥ مرجع القضاد ص٢١٣ بند ٨٣٠٧. وانظر أيضاً : أبو هيف، مرجع سابق ص٦٢٧ والاشارة المذكورة في هامس رقم ١.

المحـــدد أو يرفض ادعـــائه وبين من يتنازل عن الادعـــاء بالتـــزوير بعـــد أن تكون الإجراءات قد قاربت على نهايتها. ألم يكن من العدل والمساواة وتوقيع الغرامة في كل الأحوال مادام هدف المشرع هو منع الخصوم من إقامة دعاوي التزويرالتي لايقصد منها سوى المعاكسة وتضييع الوقت؟

لذلك، وترتيباً على ماتقدم فإننا نهيب بالمشرع المصري أن يتخذ موقفاً حازماً تجاه الخصم الذي يدعي بالتزوير أثناء سير الدعوى الأصلية ثم يتراخى في إعلان خصمه في الميعاد المحدد فإذا أصبح حقه عرضة للسقوط سارع بالتنازل عن الادعاء بقصد الهروب من توقيع الغرامة. نعم يكفي للحكم بالغرامة على مدعي التزوير حصول الادعاء به وتقريره في قلم كتاب المحكمة وعدم قبول أدلته سواء كان رفض الأدلة من تلقاء نفس المحكمة بدون أن تأمر بتحقيقتها أو أمرت بالتحقيق وكانت نتيجته عدم صحة الأدلة المذكورة[1] .

فإذا كان المشرع يرغب في الحد من ظاهرة البطء في التقاضي والتي استشرت في نظامنا القضائي فعليه مراجعة هذه النصوص التي تهيء للخصم عرقلة سير العدالة بسبب عدم احتوائها على جزاء رادع يطبق في حال المخالفة.

وقد يقال ماذا يفعل المشرع وقد رفع من قيمة الغرامة إلي عشرة أمثالها بحيث أصبحت لاتقل عن مائتين وخمسين جنيهاً ولاتزيد عن ألف بعد أن كانت خمسة وعشرين جنيهاً ولاتزيد عن مائة، ولكننا نرى أن جزاء الغرامة غير كاف على الرغم من رفعة إلى هذا الحد، خاصة أن بعض الدعاوي التي تطرح أمام

---

(١) استئناف مصر، جلسة ٧ ابريل ١٨٩٦ مجلة الحقوق س١١ ص٣٦٤.

المحاكم تقدر قيمتها بالملايين ولايضير الخصم من دفع هذه الغرامة التافهة ولو بلغت حدها الأقصى مادام في النهاية يمكنه باسم القانون من أن يعرقل سير الخصومة ويمنع صاحب الحق من الوصول إلى حقه إلا بعد مشقة كبيرة.

ولذلك فإننا نطالب المشرع بأن يقرر عقوبة سالبة للحرية -إلى جانب الحكم بالغرامة- توقع على الخصم الذي يدعي بالتزوير متى ثبت للمحكمة بأن الطعن بالتزوير كيدي ولايقصد به سوى المشاغبة أو عرقلة سير العدالة، وهو يكون كذلك في جميع الحالات التي تعرضنا لها من قبل - أي سواء حكم بسقوط الادعاء أو رفضه أو عدم قبوله أو متى تم التنازل عنه هروباً من توقيع الجزاء.

ومن أجل تحقيق ذلك نقترح تعديل نص المادة ٥٦ من قانون الإثبات ليصبح على النحو الآتي : " إذا حكم بسقوط حق مدعي التزوير في ادعائه أو برفضه أو بعدم قبوله أو التنازل عنه حكم عليه بغرامة لاتقل عن مائتي جنيه ولاتجاوز عشرة آلاف جنيه أو الحبس الذي لايقل عن أسبوع ولايزيد عن شهر.

وفي جميع الأحوال تتعدد الغرامة بتعدد المدعين بالتزوير أو بتعدد الأوراق المطعون فيها بالتزوير متى كانت غير مرتبطة ببعضها، ولايحكم على المدعي بالتزوير بأية غرامة متى ثبت بعض مالدعاه".

ومن أهم الفوائد التي يحققها هذا التعديل هو قطع الطريق أمام الخصوم -خاصة المدعى عليهم- والذين يستغلوا نصوص القانون لتحقيق أغراض غير تلك التي هدف المشرع إلى تحقيقها بسبب عدم فعالية الجزاء الذي قرره المشرع، إن

عقوبة الغرامة لم تعد كافية للردع، لذلك كان من الضروري تقرير عقوبة الحبس والذي سوف يودي حتماً إلى تراجع الخصوم سيئي النية الذين لايسلكون هذا الطريق -أي الادعاء بالتزوير- للوصول إلى حق لهم، وإنما يتخذونه كمطية لتحقيق مآرب لايقرها لا الشرع ولا القانون، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن هذا التعديل سوف يمكن المحكمة من فرض سيطرتها على مجريات الدعوى بحيث تصبح زمام الأمور بيدها لابيد الخصوم، ولايمكن القول هنا أن الأمر يتعلق بمصلحة خاصة لاشأن للمحكمة بها؛ لأنه إذا كان للخصم الحق في أن يطرح كل ما في جعبته أمام المحكمة للدفاع عن مصالحه وبالكيفية التي يراها هو، لكن مالايجب أن يكون حراً فيه هو السير في الخصومة بسوء نية؛ إذ يجب عليه مباشرة الإجراءات بحسن نية[1] وحسناً فعل المشرع الإيطالي بالنص صراحة على واجب الخصوم ومحاميهم أن يسلكوا في الخصومة بإخلاص ونزاهة[2] ، ويقتصر واجب حسن النية على توفير حد أدنى من الاستقامة الخلقية في الخصومة يتمثل في أن يستهدف سلوك الخصم فيها تحقيق مصالحه الذاتية المشروعة بطريقة نزيهة[3] ، فإذا قدم الخصم طلباً أو دفعاً وهو يعلم ألا حق له فيه، مثل التمسك بورقة يعلم أنها مزورة أو الطعن بالتزوير في ورقة وقع عليها بنفسه[4] ، هنا يكون هذا أو ذاك قد عقدا العزم وبيتا النية على غش المحكمة أو تضليل العدالة وهذا يتعلق بالمصلحة العامة لا الخاصة، كما

---

(١) أ٠د٠ وجدي راغب، مبادىء القضاء المدني ، مرجع سابق، ص٤٤٩٠

(٢) المادة ٨٨ من قانون المرافعات الايطالي٠

(٣) أ٠د٠ وجدي راغب المرجع السابق ص٠٤٥٠

(٤) أ٠د٠ وجدي راغب مرجع سابق ص٠٤٥ هامش رقم ٠٦٥

لايتعارض مع واجب السير في الخصومة بحسن نية.

وهنا يثور التساؤل لماذا يفعل أمثال هؤلاء من تجار الخصومة ذلك؟ يفعلون ذلك لأن المحكمة لاتملك سوى تطبيق نصوص القانون وهذه الأخيرة غير كافية لردع هؤلاء الخصوم.

لذلك كان لزاماً على المشرع أن يرد المكر السيء إلى أهله، ولايكون ذلك كذلك إلا بوجوب تقرير عقوبة الحبس على الخصم المماطل عندئذ سوف يفكر المحتالون كثيراً قبل سلوك طريق الطعن بالتزوير الذي لاهدف من ورائه إلا التسويف والمراوغة. إنّ ما نطالب به يجد سنده في قول النبي صلى الله عليه وسلم " مطل الغني ظلم". وقوله أيضاً :" لي الواجد يحل عرضه وعقوبته". والمراد من مطل الغني، مماطلة الموسر القادر على الوفاء، فكونه يماطل في أداء ما عليه فإنه يعتبر بذلك ظالماً؛ والأثر الذي يترتب على ظلمه هذا التواؤه ومماطلته بالرغم من أنه يجد ما يسدد به دينه، فهذا الموقف منه يجيز للقاضي أن يعزره لامتناعه عن الوفاء رغم قدرته على دفع ما عليه من التزام[1]، وهذا التعزير قد يصل إلى حبسه[2].

(١) أ.د. يوسف قاسم، التعامل التجاري في ميزان الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية ١٩٩٣ ص٤٢.

(٢) سبل السلام للصنعاني، ١٩٥٠ الجزء الثالث ص٥٥ أشار إليه: يوسف قاسم الإشارة السابقة.

الخاتمة

تبين لنا من خلال هذا البحث أن لظاهرة البطء في التقاضي أسباباً متعددة منها مايتعلق بالمشرع، ومنها مايتعلق بالقاضي ومعاونيه، وأخيراً مايتعلق بالخصوم.

وقد قصرنا هذه الدراسة على دور المدعى عليه في تأخير الفصل في المنازعات المدنية المطروحة أمام المحاكم؛ إذا ثبت لنا خلالها أن القانون المنظم لسير الخصومة هو الذي يدعم بل يكرس مركزه في إنماء ظاهرة البطء في التقاضي، حيث تفتح له الثغرات الجاثمة في هذا القانون الباب على مصراعيه للمماطلة والتسويف، فيتخذ من حقه في الدفاع طريقاً ليتوصل به إلى تحقيق أمر غير مشروع. وقد تناولت هذه الدراسة أهم صور إساءة المدعى عليه لحقه في الدفاع منذ بدء خصومة أول درجة وحتى صدور حكم فيها، ويهمنا الآن أن نسجل أهم الملاحظات التي تم التوصل إليها:

١- استقر قضاء محكمة النقض على أن المحضر غير مكلف بالتحقق من شخصية أو صفة مستلم الإعلان، الأمر الذي دفعه إلى عدم الاهتمام بإعلان الأوراق القضائية على نحو حقيقي، ولكن نظراً لانتفاء الحكمة من إعفاء المحضر من أن يتثبت من شخصية مستلم الإعلان فقد اقترحنا إضافة فقرة ثالثة لنص المادة ١٠ من قانون المرافعات لتصبح على النحو الآتي "وفي جميع الأحوال يجب على المحضر أن يتحقق من شخصية من يتسلم منه ورقة الإعلان من واقع بطاقته العائلية أو الشخصية مع إثبات رقمها وجهة

صدورها في أصل الإعلان وتحديد صلته بالمعلن إليه"٠ فليس من الحكمة إعفاء المحضر من أن يتثبت من شخصية مستلم الإعلان، ولاريب أن التعديل المقترح سوف يؤدي إلى قطع الطريق أمام المحضر الذي يتلاعب عند إعلان الأوراق القضائية متواطئاً مع طالب الإعلان، كما سيقطع الطريق أمام الخصم الذي يتخذ من الطعن بالتزوير مطية لعرقلة سير الدعوى٠

من ناحية أخرى فقد لوحظ أنه رغم إعلان المدعى عليه إعلاناً قانونياً صحيحاً وفقاً للمادة ٢/١٠ مرافعات إلا أن نص المادة ٨٤ يوجب في غير الدعاوى المستعجلة تأجيل نظر الدعوى إذا لم يكن الإعلان مخاطباً مع شخصه، وذلك بحجة احتمال جهله بقيام الدعوى٠ والحق أن تطلب مثل هذا الإجراء- أي إعادة الإعلان- قد أصبح وبحق مجالاً خصباً لتعطيل الفصل في الدعاوى من جانب كثير من المدعى عليهم، فرغم إعلان المدعى عليه وفقاً لنص المادتين ٢/١٠ و١١ من قانون المرافعات إلا أنه يتعمد- في أغلب الأحوال - عدم حضور الجلسة الأولى التي أعلن بها لغير شخصه، بل إنه قد يتواجد في قاعة الجلسة ولكنه يتعمد عدم إثبات حضوره فيها توصلاً منه لتأجيل القضية لإعادة إعلانه وفقاً لنص المادة ٨٤ مرافعات كسباً للوقت وإضراراً بخصمه٠ وهكذا فإن النص يمكّن المدعى عليه من عرقلة سير الخصومة كما يتجاهل وجود الفقرة الثالثة من نص المادة ١١ مرافعات والتي تنص على اعتبار الإعلان منتجاً لآثاره من وقت تسليم الصورة إلى من سلمت إليه قانوناً٠

ولذلك وحرصاً على تحقيق العدالة بين الخصوم اقترحنا تعديل نص المادة ٨٤ من قانون المرافعات لتصبح على النحو الآتي :" إذا تخلف المدعى عليه في الجلسة الأولى وكانت صحيفة الدعوى قد أعلنت إليه وفقاً لما هو مقرر في نص المادتين ١٠ و١١ من قانون المرافعات حكمت المحكمة في الدعوى متى كانت صالحة للفصل فيها ويعد حكمها حضورياً". فمتى تم إعلان المدعى عليه بالشكل القانوني فإنه يعتبر عالماً بالإجراء ومضمونه.

وإذا كان للمدعى عليه الحق في العلم بالإجراءات، إلا أن هذا الحق ليس حقاً مطلقاً بل يجب أن يكون محكوماً بالغاية منه، فمتى تعمد المدعى عليه عدم الحضور رغم إعلانه إعلاناً قانونياً صحيحاً رغبة منه في إعنات خصمه ومضايقته وإيذائه هنا يكون الحق قد خرج عن غايته.

٢- إن كثرة طلبات تأجيل القضايا أمام المحاكم ترجع إلى سببين: أولهما يرجع إلى عدم وجود سياسة تشريعية واضحة ترسم للعدالة طريقها حيث عدم التناسب بين عدد القضاة وكم القضايا المطروحة عليهم، وهذا يحول بين هؤلاء القضاة وتحقيق العدالة. وثانيهما يرجع إلى الخصوم والذين وظفوا نصوص القانون لتحقيق أغراض غير مشروعة، ولماذا لايفعلون ذلك مادامت هذه النصوص لم تحتوِ على جزاءات رادعة تجعلهم يفكرون كثيراً قبل إبداء طلبات التأجيل المتكررة والتي لايقصدون منها سوى التسويف والمماطلة، ولذلك يجب على المشرع أن يرفع من الحد الأقصى للغرامة بحيث يجعلها تتناسب مع كل الدعاوي، فليس من العدل الحكم بالغرامة

التي لا تزيد عن مائة جنيه على المدعى عليه المماطل ولو كانت قيمة الدعوى تقدر بالملايين. إن الجزاءات التي تملك المحكمة فرضها -وفقاً لنصوص القانون-على من يعطل سير العدالة لايمكن أن تردع أحداً.

وبناء على ذلك فإننا نقترح تعديل نص المادة ٩٧ من قانون المرافعات ليكون على النحو الآتي: " تجرى المرافعة في أول جلسة، وإذا قدم المدعى أو المدعى عليه مستنداً كان في إمكانه تقديمه في الميعاد المقرر في المادة ٦٥ قبلته المحكمة إذا لم يترتب على ذلك تأجيل الدعوى، فإذا ترتب على قبول المستند تأجيل الدعوى حكمت عليه بغرامة لاتقل عن ثلاثين جنيهاً ولاتجاوز ألف جنيه".

وقد يقال أنه لاضرورة لرفع الغرامة خاصة وأن نص المادة ١٨٨ من قانون المرافعات يجيز لمن لحقه ضرر من دفاع كيدي أن يطالب بالتعويض، ولكننا نقول أنه قد ثبت في الواقع أن الخصم الذي يلحقه ضرر من الدعوى الكيدية أو الدفاع الكيدي نادراً مايلجأ إلى القضاء مطالباً بالتعويض، خاصة وأن القانون لايعطيه هذا الحق كقاعدة إلا من خلال رفع دعوى أصلية وهذا يكلفه وقتاً وجهداً بل ومالاً.

٣- تبين لنا خلال هذه الدراسة أن أغلب طلبات الرد التي تطرح أمام المحاكم تستند إلى الفقرة الرابعة من نص المادة ١٤٨ من قانون المرافعات أي الادعاء بوجود عداوة أو مودة بين القاضي وأحد الخصوم؛ إذ يكفي أن يفتعل الخصم أو ممثله مشادة مع القاضي لكي يطلب رده بعد ذلك أو قد

يدعي حدوث وقائع تجعله غير مطمئن إلى قضائه فيطلب تحقيقها تحرياً للحقيقة.

نعم لقد استغل الخصوم نص المادتين ١٤٨و١٦٢ من قانون المرافعات فالأول يعطيهم الحق في رد القاضي والثاني يؤدي إلى وقف الدعوى بقوة القانون. ونتيجة لذلك إزدادت طلبات الرد أمام المحاكم والتي لا هدف لها -في أغلب الأحوال- سوى عرقلة سير الخصومات الأمر الذي دفع المشرع إلى التدخل، ففي مرحلة أولى وبموجب القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦ ضيق من نطاق طلبات الرد ورفع من قيمة الغرامة التي توقع على طالب الرد متى رفض طلبه أو سقط الحق فيه أو قضي بعدم قبوله.

غير أن هذه التعديلات لم تحقق أهدافها، الأمر الذي جعل المشرع يتدخل مرة ثانية بموجب القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ولكنه اتبع نفس السياسة التي سلكها القانون ٩٥ لسنة ١٩٧٦ رغم فشلها، فرفع من قيمة الغرامة في حديها الأدنى والأقصى كما أضاف إلى المادة ١٥٩ من قانون المرافعات حالة تنازل طالب الرد عن طلبه. ورغم أن المشرع قد خطى خطوة غير مسبوقة في رفع قيمة الغرامة على نحو يكاد يشعر طالبي الرد بالمسؤولية، كما أنه وحد في قيمة الغرامة التي يجب الحكم بها على طالب الرد في حالة عدم قبول طلب الرد أو رفضه أو سقوطه أو التنازل عنه، إلا أننا قد انتهينا إلى أن هذه السياسة لم تكن كافية للردع لأن قيمة الغرامة لاتتناسب في أغلب الأحوال مع قيمة الدعوى الأصلية التي يوقفها سلاح

الرد بقوة القانون هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فقد أثبت الواقع أن القضاة يحجمون عن إقامة دعاوى التعويض عن الأضرار الناجمة عن مثل هذه الطلبات الكيدية، استشعاراً منهم للوقوف موقف الخصوم في دعاوى تنظر أمام المحاكم.

ولذلك فقد اقترحنا تعديل نص المادة ١٥٩ من قانون المرافعات ليكون على النحو الآتي: " تحكم المحكمة عند رفض طلب الرد أو سقوط الحق فيه أو عدم قبوله أو إثبات التنازل عنه بغرامة لاتقل عن مائة جنيه ولاتزيد عن عشرة آلاف جنيه أو بالحبس الذي لايقل عن أسبوع ولايزيد عن شهر أما إذا كان طلب الرد مبنياً على الوجه الرابع من نص المادة ١٤٨ فيجب على المحكمة أن تقضي بالغرامة والحبس معاً" ولاشك أن في تقرير الحبس إلى جانب الحكم بالغرامة سوف يحد من طلبات الرد الكيدية إذ أن عقوبة الحبس أكثر ردعاً للخصوم سيئي النية.

٤- ثبت في الواقع كيدية أغلب طلبات الطعن بالتزوير التي كانت تطرح أمام المحاكم فلا هدف من ورائها إلا كسب الوقت وإطالة أمد التقاضي وتضليل العدالة، فما على المدعى عليه الذي يرغب في إعنات خصمه ومضايقته إلا أن يطعن بالتزوير في كل أو بعض المستندات المقدمة من خصمه في الدعوى وفقاً لنص المادة ٤٩ من قانون الإثبات، نعم يطعن فيها رغم علمه بأنها صحيحة، وله هذا الحق منذ بدء الدعوى وحتى إغلاق باب المرافعة فيها، ولم لايفعل ذلك مادام الحكم في النهاية سيقرر رفض ادعائه وصحة

المحرر المطعون فيه، فلا بأس من أن يعنت خصمه ويضغط على أعصابه ويكلفه بما لايطيق من الجهد والمال، خاصة وأن نص المادة ٥٦ من قانون الإثبات يقرر أنه : " إذا حكم بسقوط حق مدعي التزوير في ادعائه أو برفضه حكم عليه بغرامة لاتقل عن مائتين وخمسين جنيهاً ولاتجاوز ألف جنيه ولايحكم عليه بشيء إذا ثبت بعض ماادعاه". نعم إن الغرامة لاتزيد عن ألف جنيه ولو كانت قيمة الدعوى بالملايين.

ونظراً لأن المشرع لم يوجب الحكم بالغرامة إلا في حالتي سقوط الادعاء بالتزوير ورفضه؛ فقد اختلف الرأي في الفقه والقضاء حول إمكانية الحكم بالغرامة على المدعي بالتزوير الذي يتنازل عن ادعائه بعد أن تكون الإجراءات قد قطعت شوطاً طويلاً أمام المحاكم، فمن قائل بأنه لاوجه للحكم بالغرامة على المدعي بالتزوير إذا تنازل عن هذا الادعاء قبل أن يصدر الحكم في الدعوى إذ لايوجد في القانون مايمنع هذا التنازل. ومن قائل بوجوب الحكم بالغرامة على المدعي بالتزوير ولو تنازل عن هذا الادعاء متى ثبت للمحكمة أنه قد عجز عن إثبات دعواه وأن غرضه من التنازل هو خشية الفشل فيها والهروب من الغرامة القانونية . ولاشك في أننا نميل إلى الاتجاه الثاني لأن قواعد العدل تقتضي إعمال حكم الغرامة في حالة التنازل عن الادعاء بالتزوير ليس هذا فحسب بل إننا نطالب المشرع المصري بأن يقرر -إلى جانب الحكم بالغرامة- عقوبة سالبة للحرية توقع على الخصم الذي يثبت إساءة استخدامه لنصوص القانون بقصد إلحاق

الضرر بالغير.

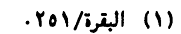
ولذلك نقترح تعديل نص المادة ٥٦ من قانون الإثبات ليصبح على النحو الآتي: " إذا حكم بسقوط حق مدعي التزوير في ادعائه أو برفضه أو بعدم قبوله أو التنازل عنه حكم عليه بغرامة لاتقل عن مائتي جنيه ولاتجاوز عشرة آلاف جنيه أو الحبس الذي لايقل عن أسبوع ولايزيد عن شهر وفي جميع الأحوال تتعدد الغرامة بتعدد المدعيين بالتزوير أو بتعدد الأوراق المطعون فيها بالتزوير متى كانت مرتبطة ببعضها ولايحكم على المدعي بالتزوير بأية غرامة متى ثبت بعض ماادعاه" .

إن هذا التعديل سوف يقطع الطريق أمام الخصوم سيئي النية فضلاً عن أنه يُمكِّن المحكمة من فرض سيطرتها على مجريات الدعوى بحيث تصبح زمام الأمور بيدها لابيد الخصوم، ولايمكن القول هنا بأن الأمر يتعلق بمصلحة خاصة بالخصوم لاشأن للمحكمة بها، لأنه لو كان للخصم الحق في أن يطرح كل مافي جعبته أمام المحكمة للدفاع عن مصالحه فيها وبالكيفية التي يراها هو لكن مالايجب أن يكون حراً فيه هو السير في الخصومة بسوء نية، فإذا قدم الخصم طلباً وهو يعلم أن لاحق له فيه، كما لو طعن بتزوير ورقة يعلم أنها صحيحة، فهنا يجب على المشرع أن يرد المكر السيء إلى أهله ولايكون ذلك كذلك إلا بتقرير عقوبة الحبس على الخصم المماطل، و عندئذٍ سوف يفكر المحتالون كثيراً قبل سلوك طريق الطعن بالتزوير الذي لاهدف من ورائه سوى التسويف والمراوغة؛ لأن العدالة بدون قوة تصبح غير قادرة

على تحقيق أهدافها، والقوة بلا عدل استبداد وظلم، فلا بد إذن من التوأمة بين العدالة والقوة، بحيث تصبح العدالة قوية، والقوة عادلة.

وبعد كل ماتقدم، لاندعي أننا قد ابتدعنا مسداً لإبطاء المدعى عليه لإجراءات التقاضي، أو أننا قدمنا علاجاً ناجعاً لاجتثاث هذا الداء الناخر في جسم العدالة ، وكل ماهنالك أننا اجتهدنا في الحد من الطرق الملتوية التي يلتجىء إليها تحقيقاً لهذا الغرض المريض، وطرحنا من الحلول مايعالج العلل الظاهرة في هذه القضية، غير أن الباطل باقٍ يطل برأسه بوسائل جديدة مهما حورب، والحق أيضاً يظل يطارده، وهي سنة هذا الكون، مصداقاً لقوله تعالى : ﴿... ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعضٍ لفسدتِ الأرض ولكن الله ذو فضلٍ على العالمين﴾ [1].

تم بفضل الله وعونه، والحمد لله رب العالمين ؛


(١) البقرة/٢٥١.

قائمة بالمراجع

أولاً : باللغة العربية :

- **إبراهيم أمين النفياوي:**

مسؤولية الخصم عن الاجراءات -رسالة دكتوراه- الطبعة الأولى ١٩٩١.

- **إبراهيم نجيب سعد :**

القانون القضائي الخاص - الطبعة الأولى ١٩٧٤.

- **ابن قيم الجوزية :**

أعلام الموقعين عن رب العالمين - الجزء الثالث ١٩٦٨.

- **أحمد أبو الوفا :**

المستحدث في مشروع قانون المرافعات ، مجلة الحقوق ١٩٥٩.

التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الخامسة ١٩٨٧.

نظرية الأحكام في قانون المرافعات - ١٩٨٠- الطبعة الرابعة.

التعليق على نصوص قانون الاثبات - الطبعة الثانية ١٩٨١.

مدونة الفقه والقضاء ١٩٥٠.

- **أحمد السيد الصاوي :**

الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ١٩٩٤.

- **طه أبو الخير :**

حرية الدفاع ١٩٧١.

- **عبدالباسط جميعي :**

مبادىء المرافعات ١٩٧٤.

الاساءة في التقاضي، دروس ألقيت على طلبة الدكتوراه بكلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٨٠.

- **عبد الحكم فودة :**

الطعن بالتزوير في المواد المدنية والجنائية - دراسة تحليلية على ضوء أحكام القضاء في تسعين عاماً ١٩٩٣.

- **عبدالحميد أبوهيف :**

المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر الطبعة الثانية ١٩٢١.

- **عبدالرزاق السنهوري :**

شرح قانون القضاء المدني - الجزء الثاني ١٩٥٦.

- **عبدالرزاق حسين يس:**

شرح قواعد إثبات المعاملات المدنية والتجارية وطرقه. ١٩٩٣ الطبعة الأولى.

- **عبدالسلام ذهني :**

الحقوق في تفاعلها وتعارضها وأطوارها وضرورة التوازن فيها ١٩٤٥.

في الغش والتدليس والتسجيل ١٩٤٤ - الطبعة الأولى.

- **عبدالوهاب محمد :**

الجدول المستمر، مجلة المحاماة ١٩٢٠ السنة الأولى.

- **عبدالمنعم الشرقاوي :**

شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ١٩٥٠.

- **عبدالمنعم عبدالعظيم جيرة :**

موضوعات علم القضاء والمرافعات في الفقه الإسلامي - مجلة المحاماة ١٩٩٤.

- **عبدالوهاب العشماوي :**

إجراءات الاثبات في المواد المدنية والتجارية الطبعة الأولى ١٩٨٥.

- **عزمي عبدالفتاح :**

نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدني ١٩٨٦ .

- **علي عوض حسن :**

رد ومخاصة أعضاء الهيئات القضائية - الطبعة الأولى ١٩٨٧.

- **عماد النجار :**

في تيسير إجراءات التقاضي - مجلة القضاة ١٩٨٨٠

- **عيسوي أحمد عيسوي :**

نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ١٩٦٣٠

- **فتحي والي :**

الوسيط في قانون القضاء المدني ١٩٩١٠

قانون المرافعات المصري في مائة عام - مجلة القانون والاقتصاد١٩٧٣٠

المستحدث في قانون المرافعات وفقاً للقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢، مركز البحوث والدراسات القانونية ، كلية الحقوق- جامعة القاهرة ١٩٩٣٠

- **محمد أبو حسان :**

تراث البدو القضائي نظرياً وعملياً - ١٩٧٤من منشورات دائرة الثقافة والفنون ٠

- **محمد حمدي السيد :**

في أسباب كثرة تأجيل القضايا وعلاجها ٠ منشور في كتاب مجموعة الأحكام، تعليقاً على أحكام صادرة من المحاكم الأهلية والمختلطة والفرنسية، تطبيقاً على القانون المدني وقانون المرافعات ١٩٣٠٠

- **محمد شوقي السيد :**
التعسف في استعمال الحق ١٩٧٩.

- **محمد كمال عبدالعزيز :**
تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه الطبعة الثالثة ١٩٩٥.

- **محمد الشيخ عمر :**
قانون الاجراءات المدنية السوداني - الجزء الأول ١٩٨٣.

- **محمد مجدي مرجان :**
ثورة العدالة ١٩٩٤.

- **محمد مصطفى الزحيلي:**
أصول المحاكمات الشرعية والمدنية الطبعة الرابعة ١٩٩٢.

- **محمد وعبدالوهاب عشماوي :**
قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن ١٩٥٧.

- **مصطفى مجدي هرجة :**
قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية الجزء الأول ١٩٨٩.

- **نبيل اسماعيل عمر :**
قانون المرافعات المدنية والتجارية ١٩٩٤.
عدم فعالية الجزاءات الاجرائية في قانون المرافعات ١٩٨٨.

إعلان الأوراق القضائية ١٩٨١.

- **هشام علي صادق:**

المقصود بسبب الدعوى الممتنع على القاضي تغييره، مجلة المحاماة ١٩٧٠.

- **وجدي راغب :**

مبادىء القضاء المدني - الطبعة الأولى ١٩٨٧.

دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني -مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ١٩٧٦.

- **وصفي فيلبس :**

قانون المرافعات بين التبسيط والتعقيد -مجلة المحاماة- السنة ٤٣ .

- **يوسف قاسم :**

التعامل التجاري في ميزان الشريعة - الطبعة الثانية ١٩٩٣.

ثانياً : المراجع الأجنبية :

- **Desdevises (Y):** l'abus du droit du agir en justice avec succes. Dalloz chr. 1979.

- **Fisselier (A)**: la défense en justice dans le proces civil, thése, Rennes 1979.

- **Mignon (M) :** les instances actives et passives et la théorie de l'abus du droit, Dalloz. Chr. 1949, p. 183.

- **Miguet. (J):** immutabilite et evolution du litige. these,

toulouse. 1977.

- **Morel (J) :** les dommages- interéts en cas d'exercice abusif des actions en justice. Thése. paris, 1910.

- **Normand:** jurisprudence Francaise en matiere de droit judicaire prive R. T. D. C. 1985.

- **Josserand** : de l'esprit des droits et leur relativité 2 me edit. 1939.

- **Viatte (J):** L'amende civile pour l'abus du droit de la plaidier Gazzette du palais 1972.

ثالثاً : الدوريات ومجموعات الأحكام :

- مجلة المحاماة تصدرها نقابة المحامين بالقاهرة.
- مرجع القضاء- عبد العزيز ناصر.
- مجموعة النقض - يصدرها المكتب الفني بمحكمة النقض المصرية.
- مجلة القانون والاقتصاد - يصدرها أساتذة كلية الحقوق - جامعة القاهرة.
- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية : يصدرها أساتذة كلية الحقوق - جامعة عين شمس.
- مجلة الحقوق - يصدرها أساتذة كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية.



fine except in the two cases of the collapse or rejection of forgery allegation, and due to the division in opinion upon the possibility of imposing a fine upon the party alleging forgery who waives his allegation after lengthy procedures before the law courts, the researcher supports the idea that a fine must be imposed here, even the Egyptian legislator must impose an imprisonment penalty upon the party whose misuse of his rights under the stipulations of law are proved to be for the purpose of harming others.



summoned. The researcher also supports the opinion which considers the summoned refusal to receive the summon at his official residence as a "personal summon", demonstrating supporting evidences persuading its validity.

Whith regard to the defendant's misuse of his right in demanding adjournment, the researcher intimated that the increase in adjournment of cases is related to two reasons : (i) the absenence of clear legislative policy to draw the route to justice; (ii) litigants, defendants in particuar. In order to prevent cause (ii) the researcher thinks that increasing the amount of fine in the case of either party submitting in the first hearing a document which could have been submitted in the period stipulated under article (65) of Egyptian Procedures Code, if its acceptance results in adjourning the hearing, the court fines him not less than 30 pounds, but not exceeding 1000 poundes.

The researcher assumes that, in respect of defendant's misuse of his right to reject the judge, what encourages the increase of such rejection requests is the worthlessness of the penalty defined by the legislator for non-acceptance, refusal or loss/waiver of right to reject, of the rejection request. To close this cause of adjournment, he prpposes that in above instances the law court imposes afine of not less tham 100 Pounds, but not to exceed 10,000 Pounds, or imprisonment of not less than one week, but not to exceed one month. But if the rejection request was based upon article 148 of the Egyptian procedures Code, the law court must impose both of the fine and imprisonment.

Finally, with regard to defendant's misuse of his right in alleging forgery, the researcher confirms that the majority of appeals due to forgery are of malicious nature, based upon actual confirmations,. Since the legislator did not enforce imposing a

Abstract

Defandant, and the Phenomenon of Slacknes in Litigation

By

Dr. Ahmed sedky

Teacher of Procedure Civil Law - Faculty of Sharia & Law
United Arab Emirates University

This research tackles a common phenomenon, slackness in litigation, focusing on one of its generators "the defendent" and his role in stirring it up.

The researcher casts the most important forms of defendant's misuse of his right of defense before the first degree law-court, from the moment of informing him of the initiatory summon until the issue of sentence on it, offering the Egyptian legislator a number of suggestions, hoping that by applying them this phenomenon can be eliminated from this source "the defendant".

He also tackles the defendant's misuse of his right of being informed of the procedures, suggesting the necessity of forbidding him from misusing the appeal due to forgery lif the summon is delivered to anyone living with him) as a means of hindering the processing of the case, by making the summoner identify the receiver of the summin via his identity or family card and recording its number and issuing authority in the original summon, and explaining the receiver's relation to the

بسم الله الرحمن الرحيم

حق
الموظف الأردني في الانتماء الحزبي

إعداد

الدكتور علي خطار شطناوي *

* مدرس بكلية الحقوق بالجامعة الأدرنية .

المقدمة :

يُعد الموظف قبل اكتسابه الصفة الوظيفية مواطناً عادياً مثل غيره من المواطنين، يتمتع بالعديد من الحقوق السياسية التي يمارسها الأفراد العاديون ولكن الصفة الوظيفية تُلزمه دون شك باحترام العديد من الالتزامات التي تجب مراعاتها والتقيّد بها بغية المحافظة على حيدته ونزاهته إزاء كافة فئات المتعاملين مع الإدارة وطوائفهم المختلفة وبمواجهة سائر التيارات السياسية الأخرى في الدولة.

ويُعَدّ حق الانتماء الحزبي من الحقوق السياسية المقررة للموظفين العموميين في العديد من دول العالم، فقد اعترفت بعض التشريعات للموظف بحق الانتماء الحزبي، وبحق اختيار الحزب الذي يريد الانتساب إليه. وقرر البعض منها ضمانات قانونية تكفل عدم تأثير انتمائه سلباً على حياته الوظيفية. ولكن هذا الحق السياسي المهم مر في المملكة الأردنية بمراحل مختلفة تراوحت ما بين الإباحة والحظر إلى أن تم إقراره مؤخراً لجميع الموظفين العموميين، باستثناء بعض الفئات الوظيفية التي يمارس شاغلوها مهمات يتعين عدم تسييسها، وإبعادهم عن معترك الحياة السياسية مثل القضاة ورجال القوات المسلحة والأجهزة الأمنية المختلفة ورجال الدفاع المدني. وحرص المشرع على حيدة العاملين واستقلالهم في هذه المرافق، فقد حظر على الأحزاب السياسية صراحة القيام بأي عمل من أعمال التنظيم والاستقطاب لدى هؤلاء الموظفين. ولكن هذا الحظر التشريعي حظرٌ مؤقت يقتصر أثره على العاملين في الخدمة الفعلية، وبذا يسترد هؤلاء العاملون كامل حقهم في الانتماء الحزبي بعد إحالتهم إلى التقاعد. ولانبالغ إذا قلنا إنّ قادة الأحزاب السياسية حالياً هم من كبار رجال الإدارة المدنية والعسكرية سابقاً.

فإذا كان الموظف يملك حالياً حق الاشتراك في تأسيس الأحزاب السياسية والانتساب إليها، فإنه ملزم باحترام عدد معين من الواجبات الوظيفية التي لم تظهر أهميتها بعد في الإدارة الأردنية بالنظر لحداثة التجربة الحزبية من جهة، وتغاضى الإدارة وتساهلها مع موظفيها من جهة أخرى. ولكن تجاوزات بعض الموظفين الحزبيين بلغت أحياناً حداً يتعين التنويه عنه؛ شارك بعض الموظفين في الحملات الانتخابية النيابية الأخيرة مستغلين وضعهم ومراكزهم الوظيفية لصالح هذا المرشح أو ذاك دون مراعاة لأي اعتبار وظيفي.

وبالمقابل لاتزال التجربة الحزبية السابقة عالقة في أذهان غالبية الموظفين، فقد اعتبر الانتماء الحزبي نشاطاً يمس أمن المملكة وسلامتها، وبالتالي يبرر إنهاء خدمات الموظف دون مراعاة الضمانات التأديبية المقررة لصالح الموظفين العموميين، فضلاً عن حصانة قرارات الاستغناء عن الخدمة ضد رقابة القضاء الإداري.

وبالنظر لأهمية هذا الموضوع وخطورته نرى دراسته وفق أحكام الخطة الآتية :

المبحث الأول : مشروعية انتماء الموظف إلى الأحزاب السياسية.

المطلب الأول : مشروعية تأليف الأحزاب السياسية وانتماء الموظفين إليها.

المطلب الثاني : حظر الانتماء الحزبي.

المطلب الثالث : مرحلة إباحة الانتماء الحزبي الثانية.

المبحث الثاني : واجبات الموظف العام المنتمي حزبياً .

المطلب الأول : واجب التحفظ في الحياة السياسية.

المطلب الثاني : واجب الحياد الوظيفي.

المبحث الأول

مدى مشروعية انتماء الموظف للأحزاب السياسية

تتباين التشريعات الوظيفية في موقفها في مدى مشروعية انتماء الموظفين للأحزاب السياسية. فهناك بعض التشريعات التي تحظر على موظفي الإدارة الانتساب لبعض الأحزاب السياسية؛ كالحزب الشيوعي والتنظيمات النازية والفاشية، ومن أمثلتها تشريعات الولايات المتحدة الأمريكية وكندا. وتحظر تشريعات أخرى الانتماء للأحزاب السياسية ذات التنظيمات العسكرية أو شبه العسكرية، وتبيح بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي الانتماء لأي حزب سياسي مشروع.

وإذا كانت بعض التشريعات الوظيفية كالتشريع الانجليزي لاتحظر على موظفي الإدارة العامة الانتماء للأحزاب السياسية، إلا أنه يلزمهم بالابتعاد عن كل ما من شأنه النيل من حيدتهم ونزاهتهم وموضوعيتهم الوظيفية. كما لوحظ ميل واضح في بريطانيا منذ أوائل الخمسينيات باستبعاد المنتسبين للحزب الشيوعي من تولي بعض المناصب الأمنية[1] .

وتمنح بعض التشريعات الوظيفية ضمانات قانونية تكفل حماية حق الموظف في الانتماء الحزبي، فلا يجوز وفق أحكام نظام الخدمة المدنية الفرنسي أن يتضمن الملف الوظيفي أية إشارة أو بيانات لآراء الموظف السياسية أو معتقداته الفلسفية أو

(١) Salon et V. Slivera : la fonction pubique et ses problemes actuels, A.J.D.A., 1976. op. cit. p138.

الدينية. وعليه يؤدي تضمن الملف الوظيفي لأية إشارة إلى عدم مشروعية الجزاءات التأديبية الموقعة بحق الموظف مالم يكن لها أي تأثير على ايقاع العقوبة التأديبية[1]. كما لايجوز الاستناد للمعتقدات السياسية أو الدينية لاستبعاد الشخص من التقدم لمسابقة الالتحاق بالمدرسة الوطنية للإدارة[2]، أو رفض ترقية أحد الموظفين[3]، أو إجراء تأديبي بحق الموظف، فلا يُعد انتماء مدير إحدى الأكاديميات إلى الحزب الشيوعي مخالفة مسلكية تستحق العقاب[4].

وترتبط مشروعية انتماء الموظفين العموميين إلى الأحزاب السياسية بمشروعية تأسيس الأحزاب نفسها. فقد التزم دستور المملكة الصمت حيال حق الأردنيين في تأليف الأحزاب السياسية والانتساب إليها. فقد نصت المادة (١١) من دستور المملكة الأول لعام ١٩٢٨ « لجميع الأردنيين الحرية في الإعراب عن آرائهم ونشرها وأن يعقدوا الاجتماعات معاً وأن يؤلفوا الجمعيات ويكونوا أعضاء فيها طبقاً لأحكام القانون» هكذا قصر الدستور حق تأليف التنظيمات الجماعية على الجمعيات فقط، وهي التي تهدف إلى تحقيق غايات اجتماعية وثقافية.

ولم يتغير الوضع بعد صدور دستور ١٩٤٧ الذي لم يحدث أي تغيير يذكر في مجال تأليف الأحزاب السياسية فقد نصت المادة ١٨ « للأردنيين حق الاجتماع وتكوين الجمعيات في حدود القانون» ولكن هذا الدستور لم يعمر طويلاً.

---

(١) C.E : 8/6/1972 A. J. D. A, 1962, P413.

(٢) C.E : 28/5/1954, Rec, p308.

(٣) C.E : 24/3/1963, A. J. D. A., 1963, p.698

(٤) C.E : 1/10/1954, Rec, p 496 .

ويدأ التغيير المنشود بصدور دستور المملكة الثالث لعام١٩٥٢. فتنص الفقرة(٢) من المادة (١٦) « للأردنيين الحق في تأليف الجمعيات والأحزاب السياسية على أن تكون غايتها مشروعة ووسائلها سلمية وذات نظم لاتخالف أحكام الدستور» وتضيف الفقرة الثالثة « ينظم القانون طريقة تأليف الجمعيات والأحزاب السياسية ومراقبة مواردها المالية».

ويستفاد من الأحكام السابقة أن تأليف الأحزاب السياسية حق دستوري مقرر للمواطنين كافة بلا استثناء، فهو حق مقرر بصلب الدستور، ويتمتع بقيمة القواعد الدستورية التي تسمو على غيرها من القواعد القانونية في هرم تدرج القواعد القانونية. كما يتعين لمشروعية الحزب أن تكون غاياته مشروعة، أي أن تكون أهدافه وغاياته مشروعة ومتفقة وأحكام القانون بالمعنى الواسع، ويتم تقدير هذه الأهداف في ضوء القواعد القانونية وقت إجراء التقدير. وينظر المشرع الدستوري الأردني بحساسية بالغة لموضوع تمويل الأحزاب السياسية بالنظر لخطورة التمويل المالي الخارجي على الولاء والانتماء السياسي للأحزاب وتدخل الدول الأجنبية في سير حياة المملكة السياسية.

وإذا كان الدستور الأردني يعترف للأردنيين بحق تأليف الأحزاب السياسية، إلا أنه يقر في الوقت نفسه أنه حق مقيد وليس مطلقاً، وبذا يقيد هذا الحق الدستوري بعدة قيود بإحالة الدستور إلى البرلمان لبيانها.

وعليه مرت مشروعية تأليف الأحزاب السياسية،وبالتالي انتماء الموظفين إليها بثلاث مراحل مختلفة هي مرحلة الإباحة ومرحلة الحظر ومرحلة الإباحة الثانية.

المطلب الأول
مشروعية تأليف الأحزاب السياسية وانتماء الموظفين إليها

تبدأ هذه المرحلة منذ تأسيس المملكة حتى صدور قرار الحاكم العسكري العام سنة ١٩٥٧ بحل الأحزاب التسياسية كافة. فلم يؤثر خلو الدستورين الأول والثاني من أي نص على حق الأردنيين في تأليف الأحزاب السياسية وانتساب الموظفين إليها؛ إذ أنشئت العديد من الأحزاب السياسية في تلك الفترة من حياة المملكة الحزبية، فقد تم تشكيل حزب الشعب الأردني عام ١٩٢٧، وحزب اللجنة التنفيذية للمؤتمر الوطني عام ١٩٢٩، وحزب التضامن الأردني عام ١٩٣٣، وحزب اللجنة التنفيذية لمؤتمر الشعب الأردني العام سنة ١٩٣٣، وحزب الإخاء الأردني عام ١٩٣٧، والحزب العربي الأردني عام ١٩٤٦، وحزب الشعب الأردني عام ١٩٤٧، وحزب النهضة العربية عام ١٩٤٧، وحزب الاتحاد الوطني عام ١٩٥٢[1] .

وأقر المشرع الأردني بمشروعية تأليف تلك الأحزاب السياسية، فقد نصت المادة ١٢ من قانون الأحزاب السياسية الثاني رقم ١٥ لسنة ١٩٥٥ على أن تعتبر جميع الأحزاب السياسية التي تعمل في المملكة عن نفاذ هذا القانون قائمة وتستمر في نشاطها الحزبي، وهو إقرار بمشروعية تأليف الأحزاب السياسية. كما أن الانتساب إليها كان مفتوحاً للمواطنين كافة بما فيهم الموظفين العموميين رغم أن المادة ٤٥ من النظام الأول للخدمة المدنية الأردني لعام ١٩٢٦ تحظر على الموظفين العموميين الانتماء الحزبي " يجب أن لايكون موظف أو مستخدم الحكومة عضواً في أية لجنة

(١) انظر الدكتور حسين أبو عرابي، الأحزاب والحياة النيابية في الأردن، رسالة مجلس الأمة الأردني، المجلد الأول، العدد السادس، كانون الأول، ١٩٩٣م، ص٢.

أو جمعية ذات صبغة سياسية، وينبغي عليه أن لايؤسس أو يشترك في أي اجتماع أو مظاهرة أو احتفال ذي صبغة سياسية أو يرمي إلى غايات سياسية أو يشتغل بأي شكل من الأشكال في دعاية (بروباجاندا) سياسية. وكل مخالفة لهذا النظام تعرض الموظف أو المستخدم للعزل". فقد تساهلت الحكومة كثيراً إزاء انتساب الموظفين إلى الأحزاب السياسية، بل إنّ قادة الأحزاب السياسية كانوا من كبار رجال الإدارة العامة[1] .

وبناءً عليه اضطر المشرع إلى إغفال هذا الحظر التشريعي في نظام الخدمة المدنية الثاني لعام ١٩٤٩، قد حظرت المادة ٤٤ من النظام رقم ١ لسنة ١٩٤٩ الاشتراك في الاجتماعات والمظاهرات ذي الصبغة السياسية ضد الحكومة " يجب أن لايؤسس الموظف أو يشترك في أي اجتماع أو مظاهرة أو احتفال ذي صبغة سياسية ضد الحكومة أو يرمي إلى غايات سياسية أو يشتغل بأي شكل من الأشكال بدعاية سياسية ضد الحكومة وكل مخالفة لهذه المادة تعرض الموظف للمسؤولية".

وتطبيقاً لأحكام المادة ١٦ من الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ أصدر المشرع الأردني قانون الأحزاب الأول رقم ٣ لسنة ١٩٥٤ الذي تم إلغاؤه بعد مرور عام واحد على تطبيقه وحل محله قانون الأحزاب الثاني رقم ١٥ لسنة ١٩٥٥. فأعادت المادة الثالثة من هذا القانون التذكير على حق الأردنيين بتأليف الأحزاب السياسية " للأردنيين حق تأليف الأحزاب السياسية على أن تكون غاياتها مشروعة ووسائلها سلمية وذات نظم لاتخالف أحكام الدستور". ولكن المشرع الأردني قد أخضع تأسيس الأحزاب السياسية لنظام الترخيص المسبق.

(١) انظر الدكتور حسين أبو عرابي: المرجع السابق.

فيقدم طلب تأليف الحزب السياسي إلى وزير الداخلية بواسطة متصرف اللواء الذي يكون فيه مركز أعماله الرئيسي ويرفق به أربع نسخ من النظام الأساسي للحزب المزمع تأليفه ويعين فيه محل التبليغ وعلى المتصرف أن يرفع الطلب إلى الوزير مبيناً رأيه في غضون خمسة عشر يوماً من تاريخ استلامه، وعلى الوزير أن يرفعه مشفوعاً بتوصياته إلى رئيس الوزراء في غضون خمسة عشر يوماً من تاريخ وصوله إليه لعرضه على مجلس الوزراء[1] .

هكذا أناط المشرع الأردني صلاحية ترخيص تأليف الأحزاب السياسية بأعلى سلطة إدارية في الدولة، فلمجلس الوزراء أن يمنح أو يرفض الترخيص ويكون قراره قطعياً [2] . فيمنح مجلس الوزراء الترخيص بتأليف الحزب إذا كان مستوفياً لجميع الشروط الشكلية والموضوعية السابقة. كما يملك بداهة رفض الترخيص دون أن يكون ملزماً بتسبيب قرارات الرفض رغم ماتنطوي عليه هذه الشكلية من أهمية بالغة.

ولاشك أن قرارات رفض ترخيص الأحزاب السياسية قرارات إدارية يمكن مخاصمة مشروعيتها بدعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، كما أن محكمة العدل العليا فسرت اصطلاح القطعية التي أضفاها المشرع على قرارات ترفض الترخيص وضع لمدارج التظلم الإداري فقط، وليس استبعاد الرقابة القضائية عليها[3] . لهذا

(١) المادة ٥ من قانون الأحزاب السياسية رقم (١٥) لسنة ١٩٥٥.

(٢) المادة ٥ من قانون الأحزاب السياسية رقم (١٥) لسنة ١٩٥٥.

(٣) عدل عليا : ١٩٨٢/٣/١٣، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٣، وعدل عليا ١٩٨٢/٣/٨، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٢، ص٢٧٤، وعدل عليا ١٩٧٥/٤/٩، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٥، ص٨٥٩، وعدل عليا، ١٩٧٥/٣/١٧، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٥، ص٥٧٧.

قضت المحكمة بعدم مشروعية أسباب رفض تأسيس حزب البعث « نرى أن هذه العبارات التي استند إليها وكيل الحكومة لاتدل بشكل من الأشكال على أن أهداف الحزب المذكور هي مقاومة نظام الحكم القائم وكيان الدولة، فقد نصت المادة الأولى من دستور المملكة على أن الشعب الأردني جزء من الأمة العربية كما أن كلمة (النضال) الواردة في نظام الحزب لاتفيد معنى (استعمال وسائل العنف) بل على العكس من ذلك فإن نظام الحزب ذاته قد أوضح المعنى الذي يقصده من هذا التعبير، إذ صرحت المادة الرابعة منه بأن الوسائل التي سيسلكها الحزب لتحقيق أهدافه ومبادئه هي الوسائل السلمية المشروعة ولانجد في نصوص النظام الأخرى مايمكن الاستناد إليه في تفسير هذا التعبير تفسيراً معاكساً »[1] .

وبناء عليه لايعد انتساب الموظفين العموميين إلى الأحزاب السياسية مخالفة مسكلية تستحق العقاب التأديبي، فلم نجد في اجتهاد محكمة العدل العليا أية أحكام قضائية تعالج هذه المسألة. ولكن المشرع الأردني جرم[2] الانتساب إلى الحزب الشيوعي واعتبرها جريمة جنائية[3] .

---

(١) عدل عليا : ١٩٥٥/٨/٢٩، مجلة نقابة المحامين، ١٩٥٥، ص٤٣.

(٢) قانون مقاومة الشيوعية رقم ٩١ لسنة ١٩٥٣.

(٣) تنص المادة ٣ من قانون مقاومة الشيوعية " يعاقب بالأشغال المؤقتة كل من انتسب لهيئة شيوعية. وشغل وظيفة أو منصباً في أية هيئة شيوعية أو عمل كمعتمد أو مندوب لها. ودعا للشيوعية بالخطابة أو الكتابة أو التصوير أو بأية وسيلة أخرى مباشرة أو بالوساطة. ونشر أو طبع أو عرض للبيع أي كتاب أو كراس أو نشرة لأية هيئة مباشرة أو بالوساطة وهو يعلم أنها شيوعية أو تنتمي لأية منظمة شيوعية. ووجد في حوزته أي كتاب أو كراس أو نشرة وهو يعلم أنها تدعو للشيوعية أو تروج لها إلا إذا كانت الحيازة لأغراض مشروعة. ودفع تبرعات أو اشتراكات أو إعانات مباشرة أو بالواسطة لأية هيئة وهو يعلم أنها شيوعية أو تنتمي لأية منظمة شيوعية. وأجر مسكناً أو هيأ مخبأ لأي شخص أو أشخاص من الشيوعيين أو ساعدهم بأية وسيلة أخرى.

ويقصد بالشيوعية الدعوة لاستبدال النظم القائمة بحكم الدستور في المملكة الأردنية الهاشمية بالنظم القائمة في الدول الشيوعية التي تستهدف قيام الدكتاتورية الطبقية. وتشمل دعوة حركة أنصار السلام العالمي أيضاً عندما ينطبق التعريف على هذه الدعوة.

وعليه يعد انتساب الموظف إلى الحزب الشيوعي جريمة جنائية وتأديبية. فقد قضت محكمة العدل العيا « إن المستدعي يعمل لصالح الحزب الشيوعي وإن السلطات المختصة اشتبهت اشتباهاً معقولاً بأن له علاقة بتوزيع نشرات معادية قرب دائرة الإحصاءات العامة»[1].

المطلب الثاني
حظر الانتماء الحزبي

مُنحت الإدارة بمقتضى قانون الأحزاب السياسية صلاحية حلها، فقد حددت المادة العاشرة من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٥٥ حالات الحل على سبيل الحصر، فلمجلس الوزراء بناء على تنسيب وزير الداخلية أن يقرر حل الحزب إذا اقتنع أن غايته لم تعد مشروعة أو أن وسائله لم تعد سلمية أو أن أنظمته أصبحت مخالفة لأحكام الدستور. وإذا خالف نظامه الأساسي. وإذا قدم للمراجع الرسمية المختصة بيانات غير صحيحة. وإذا تلقى أو كان يتلقى أية إعانات مادية أو معنوية من أية جهة

---

(١) عدل عليا: ١٩٥٩/٣/٢٩، مجل نقابة المحامين، ١٩٥٩، ص٨٥.

أجنبية. وإذا خالف أي حكم من أحكام قانون الأحزاب[1] .

ولم يكتف المشرع الأردني بتلك الحالات الواسعة والفضفاضة، بل إنه أضفى على عكس قانون الأحزاب الأول لعام ١٩٥٤[2] حصانة تشريعية على قرارات مجلس الوزراء بحل الأحزاب « قرارات مجلس الوزراء الصادرة بموجب هذا القانون نهائية وغير خاضعة للطعن لدى أي مرجع آخر»[3] . وهو الحل العام الذي جاء بعد عامين فقط من تطبيق قانون الأحزاب السياسية لعام ١٩٥٥، فبعد مرور سنتين فقط أصدر الحاكم العسكري العام أمراً في ١٩٥٧/٤/٢٧ بحل جميع الأحزاب السياسية وحظر نشاطها الحزبي « عملاً بالصلاحية المخولة إلى في المادة ٢ من تعليمات الإدارة العرفية رقم ١ لسنة ١٩٥٧ وقانون الدفاع لسنة ١٩٣٥ آمر بحل جميع الأحزاب السياسية التي تألفت في المملكة الأردنية الهاشمية بمقتضى قرار مجلس الوزراء الأسبق وأية لجان فرعية تابعة لها في الأحياء والقرى واعتبار ذلك لاغياً اعتباراً من هذا اليوم في ٢٧ نيسان سنة ١٩٥٧».

---

(١) كان قانون الأحزاب السياسية الأول لعام ١٩٥٤ يميز بين توقيف نشاط الحزب وحله، فهما مرحلتان متتاليتان فيجوز لمجلس الوزراء بناء على تنسيب الوزير أن يأمر بوقف نشاط أي حزب إذا اقتنع :

١- أن غايته لم تعد مشروعة أو أن وسائله لم تعد سليمة أو أن أنظمته أصبحت تخالف أحكام الدستور. ٢- إذا خالف نظامه الأساسي ٣- إذا قدم للمراجع الرسمية المختصة بموجب هذا القانون بيانات غير صحيحة ٤- إذا تلقى أو كان يتلقى أية إعانات من أية جهة أجنبية ٥- إذا خالف بوجه الاجمال أي حكم من أحكام هذا القانون (المادة ٩ من قانون الأحزاب رقم ٣ لسنة ١٩٥٤). وتنص الفقرة (د) من المادة ٩ لمجلس الوزراء في حالة رد المحكمة اعتراض الحزب السياسي أو عدم اعتراضه ضمن المدة القانونية أن يقرر حل الحزب.

(٢) تنص الفقرة ب من المادة ٩ من قانون الأحزاب رقم ٣ لسنة ١٩٥٤ يرسل أمر التوقيف بواسطة المتصرف لمركز الحزب الرئيسي في غضون ثلاثة أيام من تاريخ صدوره، وللحزب أن يعترض عليه لدى محكمة التمييز بوصفها محكمة عدل عليا في غضون شهر من تسلمه هذا الأمر ويكون قرار تلك المحكة نهائياً.

(٣) المادة ١٠ من قانون الأحزاب السياسية رقم ١٥ لسنة١٩٥٥. ولمزيد من التفاصيل حول تحصين القرارات الإدارية، انظر الدكتور علي خطار شطناوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، إربد، ١٩٩٥، ص١٢٦ ومابعدها.

وقيل في تبرير حل الأحزاب السياسية وتجميد نشاطها العديد من المبررات التي تراوحت بين التأييد والمعارضة. ولكن هذا الأمر أثر تأثيراً بالغاً على الحياة السياسية الأردنية، فانتقلت الأحزاب السياسية المنحلة إلى العمل السري.

مدى دستورية حل الأحزاب السياسية :

تعرض الفقه الأردني لدستورية قرار حل الأحزاب السياسية كافة. فذهب الدكتور محمد الغزوي إلى الإقرار بمشروعية حل الأحزاب السياسية من الناحيتين السياسية والقانونية. فمن الناحية القانونية يقول « إن الحق في تأليف الأحزاب السياسية كغيره من الحقوق ليس حقاً مطلقاً، بل هو مقيد سواء من حيث الغاية بأن تكون مشروعة ولاتهدد الأمن والنظام العام أو الوسائل التي تتبعها الأحزاب لتحقيق أهدافها سلمياً لا بالعنف والقوة، أو الموارد المالية تكون مراقبة كما قررت المادة ١٦ من الدستور والمادة ٣ من قانون الأحزاب السياسية رقم ١٥ لسنة ١٩٥٥» . ويضيف قائلاً ولكن في غالب الأحيان لاتكفي هذه القيود فتعجز الدولة عن مقاومة الأساليب الملتوية التي تلجأ إليها الأحزاب فعندئذٍ يصبح من حق الدولة لا بل من واجبها أن تحل الأحزاب السياسية وتعطل تكوينها ». ومن الناحية السياسية يقول « نستطيع أن نقول بأن السلطة التنفيذية أصابت في حلها للأحزاب السياسية، ومن ناحية أخرى فإن من البيِّن أن قرار مجلس الوزراء السالف الذكر بحل الأحزاب السياسية اقتصرت آثاره على منع ممارسة الأحزاب لنشاطها بشكل علني، وظلت من حيث الواقع تمارس نشاطها بشكل سري »[1] .

(١) الدكتور محمد الغزوي، نظرات حول ركائز الديمقراطية الأردنية، وبخاصة المادة١٦ من دستور ١٩٥٢، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، المجلد العشرون (أ) ملحق ١٩٩٣، ص٦٠٠.

ونحن لانوافق على هذا الرأي، ونرى أن قرار حل الأحزاب السياسية مخالف للدستور ابتداءً، فلا يمكن أن تكون جميع الأحزاب السياسية قد خالفت الأحكام الواردة في الدستور وقانون الأحزاب السياسية خصوصاً أن قرارات الحل كانت محصنة ضد رقابة القضاء. لهذا نرى في هذا القرار العام مصادرة حق قرره الدستور لجميع الأردنيين، فتجميد تأليف الأحزاب مصادرة صريحة ومباشرة لحق دستوري، لاتمكن الحكومة تقييده ومصادرته كلياً.

وأياً كان رأينا حول دستورية حل الأحزاب السياسية، فقد أصبح انتساب الموظف للأحزاب السياسية التي انتقلت بعد الحظر إلى العمل السري مخالفة مسلكية تبرر الاستغناء عن خدماته، فقد أصدرت السلطة التنفيذية في فترة إعلان الأحكام العرفية الأولى[1] لعام ١٩٥٧ تعليمات الإدارة العرفية رقم٢ لسنة ١٩٥٧ « بالرغم مما جاء في أي قانون أو نظام آخر لمجلس الوزراء فيما يتعلق بموظفي الصنف الأول وللوزير المختص فيما يتعلق بموظفي الصنف الثاني أن يقرر الاستغناء عن خدمة أي موظف من موظفي الحكومة إذا اقتنع بأن لذلك الموظف أي نشاط حزبي أو ارتباط بأي حزب من الأحزاب السياسية المنحلة أو غير المرخصة، على أن يقترن قرار مجلس الوزراء فيما يتعلق بموظفي الصنف الأول بتصديق جلالة الملك ويعتبر القرار الصادر بمقتضى هذه المادة غير قابل للطعن بأية صورة كانت ».

---

(١) أعلنت الأحكام العرفية لأول مرة في الأردن بصدور الإرادة الملكية السامية بالموافقة على قرار مجلس الوزراء رقم١ الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٤/٢٥ وأنهيت بعد مرور عام على إعلانها، وذلك بصدور الإرادة الملكية السامية بالموافقة على قرار مجلس الوزراء رقم ٦٤٠ تاريخ ١٩٥٨/١١/١٩. وأعلنت مرة ثانية بصدور الإرادة الملكية السامية بالموافقة على قرار مجلس الوزراء رقم ٢٥٤ تاريخ ١٩٦٧/٦/٥ وأنهيت بصدور الإرادة الملكية السامية بالموافقة على قرار مجلس الوزراء رقم ٩٧٠ تاريخ ١٩٩٢/٣/٢٤.

واستخدمت الإدارة في فترة إعلان الأحكام العرفية الثانية لعام ١٩٦٧ صلاحيتها المستمدة من تعليمات الإدارة العرفية رقم ٤ لسنة ١٩٧٠ لموظفي الحكومة في المملكة الأردنية الهاشمية لإنهاء خدمات أي موظف ينتسب إلى حزب سياسي. وتنص المادة الثالثة من هذه التعليمات «بالرغم مما جاء في أي قانون أو نظام آخر يحق للحاكم العسكري العام (رئيس الوزراء) أن يقرر عزل أي موظف إذا اقتنع بأن له نشاطاً يمس أمن الدولة الداخلي أو الخارجي بدستورها أو نظام الحكم فيها»[1]. وتحصن المادة الرابعة قرارات العزل ضد رقابة القضاء «القرارات التي يصدرها الحاكم العسكري بمقتضى هذه التعليمات لاتخضع للطعن أمام أية محكمة من المحاكم أو أي مرجع إداري آخر».

فإذا أصبح انتساب الموظفين العموميين للأحزاب السياسية بعد حلها وحظر نشاطها مخالفة مسلكية، فإن الإدارة لجأت إلى إنهاء خدمات الموظف استناداً لتعليمات الإدارة العرفية رقم ٤ لسنة ١٩٧٠، بدلاً من تحريك الإجراءات التأديبية بحقه. فقد اختارت الإدارة الطريق الأسهل، وحرمت الموظفين من الضمانات التأديبية التي تقررها أنظمتهم الوظيفية لصالحهم. ولكن القضاء الإداري الأردني لم يقف مكتوف الأيدي رغم قوة السلطة التنفيذية طيلة فترة إعلان الأحكام العرفية في المملكة وهيمنتها التامة على نواحي الحياة كافة. فقد بذلت محكمة العدل العليا جهوداً تستحق الشكر نظراً للمعطيات السابقة.

---

(١) تعني كلمة (موظف) حيثما وردت في هذه التعليمات موظفي الوزارت والدوائر والمؤسسات والقوات المسلحة والأمن العام وكافة المصالح العامة والهيئات الرسمية التي للحكومة أو لرئس الوزراء حق الإشراف عليها ولو كانت تتمتع باستقلال ذاتي حسب القانون المؤسسة بموجبه.

فقد أقرت محكمة العدل العليا بحقها في رقابة الوجود المادي للوقائع وصحة تكييفها القانوني. فقد قضت « ماورد بالخطبة التي ألقاها المستدعي ظهر يوم الجمعة ١٩٨٨/٨/٤، هي السبب لعزله فلا تتضمن مايمكن أن يقال عنه أنه مشمول بعبارة نشاط يمس بأمن الدولة الداخلي، ولايمس هذا القول أمن الدولة بالمعنى المقصود بالمادة الثالثة من تعليمات الإدارة العرفية لموظفي الحكومة وكل ماورد فيها كما ترى المحكمة استعراضاً لمعاناة أهلنا بالضفة الغربية وما يقاسونه من شظف العيش ويتعرضون له من سلطات الاحتلال الاسرائيلي مشيراً إلى من استشهدوا وأصيبوا بجروح وزادهم فك الارتباط معاناة بفصل ٢٤ ألف موظف فقدوا رواتبهم التي كانوا يتقاضونها من الحكومة الأردنية ينفقونها على عائلاتهم، وعليه يكون الدفع بعدم قبول الدعوى غير وارد والقرار المطعون فيه مخالف للقانون لعدم قيامه على السبب المبرر لإصداره"[1] .

ووقفت محكمة العدل العليا موقفاً مشرفاً من اعتراض الأجهزة الأمنية من تعيين بعض الأفراد في الوظيفة العامة بحجة ممارستهم نشاطات سياسية. فقد قضت « لايوجد نص في نظام الخدمة المدنية يقضي بلزوم موافقة مديرية المخابرات العامة على تعيين الموظفين العامين في الدولة ذلك أن وظيفة المخابرات العامة قد حددها قانونها رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٤ وليس من عداد وظائفها الموافقة على تعيين الموظفين العامين ولهذا يكون القرار المطعون فيه مخالفاً للقانون»[2] .

---

(١) عدل عليا : ١٩٨٩/١٢/١٧، مجلة نقابة المحامين، ١٩٩١، ص٨٠٨، وعدل عليا، ١٩٨٩/٢/١٧، مجلة نقابة المحامين ١٩٩١، ص٨١٥.

(٢) عدل عليا : ١٩٨٨/٤/٢٦، مجلة نقابة ا لمحامين ١٩٨٨، ص١٥٢٩.

وتبنت الموقف نفسه إزاء اعتراض دائرة المخابرات العامة على اتخاذ بعض القرارات الوظيفية، فقد قضت بعدم مشروعية قرار فقدان الوظيفة الصادر بسبب اعتقال الموظف العام من دائرة المخابرات العامة « فالاعتقال من السلطة الإدارية لايكفي وحده للدلالة على سوء السلوك مالم يتبين أنه قد أجريت تحقيقات أو محاكمات وظهر منها أن المعتقل قد قام بفعل من الأفعال المحظورة التي تتنافى مع السلوك الحسن هو أمر غير متوافر بحق المستدعى؛ إذ لم يرد في الملف مايفيد إجراء ذلك، وكل ماورد في الملف بهذا الشأن هو كتاب مدير المخابرات العامة المتضمن أن الاعتقال كان لغرض التحقيق ليس إلا دون بيان أية تهمة مسندة للمستدعى»[1] . كما قررت عدم مشروعية رفض السلطة الإدارية إعادة الموظف الفاقد لوظيفته لعدم موافقة دائرة المخابرات العامة « وحيث أن الوزير المختص مقتنع بمعذرة المستدعي إلا أنه لم يتمكن من إعادته إلى وظيفته لأن مديرية المخابرات العامة لم توافق على ذلك. وحيث أن موافقة مديرية المخابرات العامة لاتعتبر مبرراً لرفض إعادة المستدعي إلى وظيفته مادام قد ثبت أن تغيبه كان لعذر ولسبب لايد له فيه. ولذلك يكون استناد وزير التربية والتعليم إلى رأي مدير المخابرات العامة في رفض إعادة المستدعي لوظيفيته لايستند إلى أساس قانوني سليم»[2] .

(١) عدل عليا : ١٩٧٢/٢/١٠، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٤، ص٣٢٦.

(٢) عدل عليا : ١٩٧٧/٩/١٠، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٧، ص١٣٨٨.

المطلب الثالث

مرحلة إباحة الانتماء الحزبي الثانية

بعد عودة الحياة النيابية في المملكة وإجراء الانتخابات البرلمانية عام ١٩٨٩ لاختيار أعضاء مجلس النواب، ارتأى المشرع الأردني وبحق أن الحياة النيابية الجديدة لاتستقيم إلا بالأحزاب السياسية ذات البرامج السياسية الواضحة المعالم والحدود. لهذا أُصْدِرَ قانون الأحزاب السياسية الثالث رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٢ الذي قرر حق الأردنيين في تأليف الأحزاب والانتساب الطوعي إليها. فذلك مجرد تكرار للأحكام الواردة في المادة ١٦ من الدستور، لكنه أخضع تأليف الأحزاب السياسية لنظام الترخيص المسبق مع تقييد صلاحية وزير الداخلية كما سنرى لاحقاً.

ويستلزم المشرع الأردني لتأليف الأحزاب السياسية العديد من الشروط، فيجب أن لايقل عدد الأعضاء المؤسسين لأي حزب سياسي عن خمسين شخصاً ممن تتوافر فيهم العديد من الشروط يعنينا منها شرطان هما : أن لايكون العضو المؤسس من المنتسبين للقوات المسلحة الأردنية أو الأجهزة الأمنية أو الدفاع المدني، وأن لايكون قاضياً.

وبناءً عليه يملك الموظفون العامون الإسهام في تأليف الأحزاب السياسية والانتساب إليها، ويشمل اصطلاح الموظف العام جميع العاملين في الجهاز المركزي (الوزارات والدوائر التابعة لها) وموظفي الهيئات اللامركزية سواء أكانت هيئات إقليمية (المجالس البلدية والقروية) أم هيئات مصلحية (مؤسسات عامة)، فقد اعتبرهم القضاء الإداري الأردني موظفين عموميين، فلم يفرق بين المؤسسات العامة

الإدارية والمؤسسات العامة الاقتصادية [1].

واستثنى المشرع الأردني من حق الانتماء الحزبي فئتين وظيفيتين هما : المنتسبون للقوات المسلحة الأردنية والأجهزة الأمنية والدفاع المدني، وبذا يشمل هذا الحظر جميع العاملين في القوات المسلحة البرية والجوية والبحرية، والأجهزة الأمنية المختلفة كالأمن العام والمخابرات العامة والدفاع المدني أياً كانت رتبهم ومرتباتهم العسكرية(جنود وضباط وضباط صف) لكنه لايشمل بداهة وزير الدفاع[2] باعتباره سياسياً وجزءاً لايتجزأ من كيان الحكومة، فهو منصب سياسي وليس عسكرياً، وقد جرى العرف الدستوري في الأردن على أن يسند منصب وزارة الدفاع إلى رئيس الوزراء.

ويستثنى من حق الانتماء الحزبي القضاة وهم قضاة المحاكم النظامية والعدل العليا وممثلو النيابة العامة لدى تلك المحاكم ووكيل وزارة العدل العليا وقضاة التشريع والتفتيش وأي قاضٍ يعود أمر تعيينه للمجلس القضائي[3] . كما يشمل أيضاً قضاة المحاكم الشرعية والمحاكم الخاصة وأعضاء مجالس الطوائف الملية، وعليه يخرج من نطاق هذا الحظر التشريعي وزير العدل باعتباره منصباً سياسياً، وقاضي القضاة باعتباره موظفاً عاماً يخضع لنظام الخدمة المدنية، وكتبة المحاكم النظامية والشرعية والمحضرين، وجميع العاملين الإداريين في وزارة العدل باستثناء

(1) انظر الدكتور علي خطار: تعيين الموظفين العموميين في فرنسا والأردن، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد الثاني، العدد الثاني ١٩٢٠، ص١٤٩.

(2) يرى جانب من الفقه أن الحظر السابق يشمل منصب وزير الدفاع يقول الدكتور الغزوي « كما نرى فيها مايثير التساؤل فهل عبارة (الانتساب للقوات المسلحة) تتسع للقول بعدم جواز العضوية في أي حزب سياسي لوزير الدفاع؟ اعتقد بأنها تتسع». المقال السابق الإشارة إليه.

(3) انظر المادة ٢ من قانون استقلال القضاء رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢.

الأمين العام للوزارة.

وتتجلى حكمة الحظر التشريعي السابق في حرص المشرع الأردني على عدم تسيس القوات المسلحة والأجهزة الأمنية والدفاع المدني والقضاة، والمحافظة على استقلال العاملين في هذه المرافق المهمة وحيادهم وأبعادهم عن الصراعات والتحزبات السياسية في الدولة. كما حظر الشارع على الأحزاب السياسية أيضاً القيام بأي عمل من أعمال التنظيم والاستقطاب الحزبي في صفوف القوات المسلحة وأجهزة الأمن والدفاع المدني والقضاء أو إقامة تنظيمات عسكرية أو شبه عسكرية بأية صورة من الصور.

ونرى أن الحظر التشريعي السابق سليم ومنطقي بالنظر لما ينطوي عليه الاتجاه المغاير من نتائج خطيرة على أمن الدولة وسلامتها. فقد أثبتت التجربة العملية في الدول ذات الجيوش الحزبية ازدياد حدة الانقلابات العسكرية وكثرتها ودمويتها. فضلاً عن ضعف تلك الجيوش وعدم فعاليتها لتقديمها اعتبارات الانتماء الحزبي والولاء السياسي المطلق للحزب على اعتبارات الكفاءة والجدارة، فقد أنيط بالقادة العسكريين مناصب قيادية ليسوا أهلاً لها.

وفضلاً عن ذلك يقتصر الحظر التشريعي على الموظفين في الخدمة فقط، وبذا يسترد الموظفون المتقاعدون كامل حريتهم في تأسيس الأحزاب السياسية والانتساب إليها والمشاركة في نظامها الحزبي. وعليه يكون حظر الانتماء الحزبي على العاملين في مرفق الدفاع والأمن والقضاء حظراً مؤقتاً وليس دائماً. كما أنه لايشمل وزراء الداخلية والدفاع والعدل باعتبارهم عناصر سياسية، فهم جزء من الحكومة القائمة

ومسؤولون مسؤولية تضامنية مع بقية الوزراء عن سياستها العامة أمام البرلمان والرأي العام بجانب مسؤوليتهم الفردية.

وتأكيداً لحق الأردنيين في تأليف الأحزاب السياسية أياً كانت عقيدتها السياسية أصدر المشرع القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩٢ لإلغاء قانون مقاومة الشيوعية رقم ٩١ لسنة ١٩٥٣. وعليه لم يعد انتساب الموظف إلى الحزب الشيوعي جريمة جنائية كما كان الوضع سابقاً. فللموظف العام حق الانتماء إلى أي حزب سياسي يشاء شريطة أن يكون هذا الحزب مشروعاً.

ومن منطق الحرص على ضمان حق الأردنيين في الأحزاب السياسية والانتساب إليها، فقد أحاط مرحلة التأسيس بضمانات قانونية تكفل عدم إساءة استخدام صلاحية ترخيص الأحزاب . فيعلن الوزير (وزير الداخلية) عن تأسيس الحزب في غضون سبعة أيام بعد انقضاء ستين يوماً على تاريخ تبليغ الإشعار بتسلم طلب التأسيس، أو في غضون خمسة عشرة يوماً من تاريخ الإشعار بتسلم الايضاحات والوثائق والبيانات التي حددها القانون وينشر الإعلان في الجريدة الرسمية.

وبناءً عليه يتعين أن تكون طلبات تأسيس الأحزاب السياسية مستوفية للشروط القانونية. فإذا نقص عدد الأعضاء المؤسسين عن خمسين عضواً لأي سبب من الأسباب، قبل الإعلان عن التأسيس، اعتبر الطلب المقدم لاغياً. لهذا تقتصر صلاحية وزير الداخلية في مجال تأسيس الأحزاب على مجرد التحقق والتثبت من توافر واستيفاء الشروط القانونية فقط.

فإذا امتنع وزير الداخلية عن الإعلان عن تأسيس الحزب في المدة المحددة

قانوناً، عليه أن يبين أسباب ذلك وأن يبلغها إلى المؤسسين وفقاً للإجراءات القانونية. ولايجوز إيراد أسباب أخرى أمام القضاء الإداري إذا طعن بعدم مشروعية القرار السلبي.

ويلاحظ أن المشرع الأردني قد وفر ضمانتين أساسيتين لحماية حق الأردنيين في تأليف الأحزاب السياسية بغية الحيلولة دون إساءة الحكومة لاستخدام صلاحياتها في هذا المجال.

الضمانة الأولى : تسبيب الامتناع عن الإعلان عن تأسيس الحزب السياسي:

ينطوي تسبيب القرارات الإدارية على مزايا عديدة من ناحية الإدارة العامة نفسها والقضاء الإداري الذي يمارس رقابته على مشروعية أسباب القرار الإداري والأفراد المتعاملين مع الإدارة.

فيعتبر تسبيب القرارات الإدارية ضمانة مهمة لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم، فهو شكلية جوهرية يترتب على تخلفها بطلان القرار. فقد قضت محكمة العدل العليا « وحيث أن من المسلم به أن الإدارة غير ملزمة بأن تذكر سبب تدخلها إلا حيث يحتم عليها القانون ذلك فيصبح التسبيب عنصراً من العناصر الشكلية الجوهرية التي يترتب على إغفالها بطلان القرار من ناحية الشكل»[1] .

ويخلق التسبيب نوعاً من الثقة المتبادلة بين الإدارة والأفراد، ويمد جسور هذه الثقة بصورة دائمة ومنتظمة. ناهيك عن أن اعتبارات الديمقراطية السياسية والإدارية تقتضي أن يطلع مصدر القرار الأفراد المعنيين بالأسباب القانونية والواقعية

(١) عدل عليا : ١٩٧٦/١/٢٦، مجلة نقابة المحامين، ١٩٧٦، ص٤٤٨.

التي حملته على إصداره·

كما ويؤدي التسبيب إلى تقليل عدد دعاوى تجاوز حدود السلطة المقدمة إلى القضاء الإداري؛ إذ يتمكن الأفراد بعد إعلامهم بالأسباب القانونية والواقعة التي يقوم عليها القرار من تقدير مدى نجاح هذه الطعون القضائية مقدماً، فلن يقدموا طعناً قضائياً إذا كانت نسبة نجاحه ضئيلة نظراً لما ينطوي عليه ذلك من جهد ومال وبطء في إجراءات التقاضي· فيعدل الفرد عن تقدم الدعوى إذا كانت الأسباب القانونية والواقعية مشروعة· ناهيك عن أن التسبيب الإجباري يحمل الإدارة العامة على احترام مبدأ المشروعية، ويقودها إلى عدم مخالفة القواعد القانونية[1] .

ويؤدي تسبيب القرارات أيضاً إلى تسهيل مهمة القضاء الإداري[2] ؛ إذ يصعب عليه مراقبة مشروعية الأسباب القانونية والواقعية التي يقوم عليها القرار المطعون به إذا كان يجهل هذه الأسباب· لهذا يتعين أن يكون بمقدور القضاء إلزام الإدارة بالإفصاح عن أسباب قراراتها، وهو ما عبر عنه مفوض مجلس الدولة السيد (Leturneur) في تقريره المقدم في قضية (Barel) « إن الرقابة التي يمارسها القضاء الإداري على أسباب القرار ستكون نظرية بحتة، ومجردة من كل قيمة عملية· فالقول إن القضاء الإداري يراقب الوجود المادي والقانوني لأسباب القرارات المطعون فيها سيصبح نوعاً من التظاهر أو النفاق، إذا كان في وسع الإدارة بإرادتها أن تمتنع عن الإفصاح عن سبب قرارها· فمثل هذا الحل لايمكن قبوله، فطالما سلمنا

(١) R. Chapus : Doit administratif general, No. 139.

(٢) الدكتور سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٧٧، ص٢٦٠·

بوجود هذه الرقابة فيجب أن تمارس طريقة فعالة »[1] . وهو ما أكدته محكمة العدل العليا « وهنا يجب التفريق بين تسبيب القرار الإداري كإجراء شكلي يتطلبه القانون وبين وجوب قيامه على سبب يبرره. فالتسبيب لايكون لازماً إلا حيث يوجبه القانون، أما السبب فيجب أن يكون قائماً وصحيحاً سواء أكان التسبيب لازماً أم غير لازم كما هو الحال في هذه القضية لما في ذلك من إتاحة الفرصة لتمكين المحكمة من مراقبة مشروعية القرار وبسط هيمنتها على صحته، والتحقق من أن مثل هذا القرار شرعيته من الأسباب التي بني عليها طالما أن القانون قد أراد من هذه الأسباب أن تكون صخرة تبنى عليها المشروعية، وذلك لضمان عدم الانحراف والزوغ عن جادة الصواب التي أرست قواعد القوانين السارية المفعول»[2] .

وبالتأسيس على ماسبق يملك القضاء الإداري إلزام الإدارة بالإفصاح عن سبب قرارها الإداري حتى لو لم يكن هناك نص تشريعي صريح يلزمها بالتسبيب، فيتعين على الإدارة أن تكشف عن هذه الأسباب إلى القضاء الإداري إذا طلبها منها[3] .

ويؤدي تسبيب القرارات الإدارية أيضاً إلى تعديل السلوك الإداري، فتتعود الإدارة على احترام مبدأ المشروعية. لهذا يتعين على الإدارية اعتبار التسبيب سنداً وأساساً قانونياً لصلاحياتها بدلاً من اعتباره قيداً على ممارستها، كما يؤدي التسبيب الإجباري إلى تضييق نطاق السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة.

(١) Concl. du commissaire du gouvernement m. letourneur, sous, C.E., 28 /5/ 1954, Rec, p.509.

(٢) عدل عليا : ١٩٨٨/٢/٢٨ ،مجلة نقابة المحامين ١٩٨٨، ص١٦٢٩. وعدل عليا ١٩٨٣/١/١٢، مجلة نقابة المحامين، ١٩٨٣، ص١٨١.

(٣) René Hostiou : procèdure et fromes de l'acte administratif uniléteral en droit Français, paris, L.G.D.J., 1975, p.174 .

ويحمل التسبيب الإجباري مُصدر القرار على التأني في إصداره، وبحث الأسباب القانونية والواقعية بحثاً دقيقاً وموضوعياً، فيخلق عدداً معيناً من القواعد التي تحكم حسن أداء العمل الإداري وتضبطه، وهي قواعد لازمة للأداء الإداري[1] . هكذا يؤدي التسبيب إلى تهذيب الأخلاق الإدارية؛ إذ يتعين على مصدر القرار الإداري بحث الأسباب القانونية والواقعية بحثاً دقيقاً وموضوعياً. فضلاً عن أن التسبيب لايشكل عبئاً ثقيلاً للإدارة طالما أن أي قرار إداري يجب أن يستند إلى أسباب موجودة مادياً وصحيحة قانوناً.

وأنوه أخيراً أن الإدارة العامة تلجأ ومن تلقاء نفسها ودون أي التزام قانوني إلى تسبيب بعض قراراتها بهدف إقناع الأفراد بمشروعيتها، والدفاع عنها أمام الرأي العام.

وبناءً عليه تظهر أهمية إلزام وزير الداخلية بتسبيب قراره بالامتناع عن الإعلان عن تأسيس الحزب السياسي. فيملك الرأي العام تقدير مشروعية أسباب الامتناع عن تأسيس الحزب، وهي رقابة على درجة من الأهمية. فيتعين أن تكون هذه الأسباب مشروعة ومقنعة سياسياً.

الضمانة الثاني : إمكانية مخاصمة مشروعية قرار امتناع الوزير عن إعلان تأسيس الحزب :

يعتبر امتناع وزير الداخلية عن إعلان تأسيس الحزب قراراً إدارياً قابلاً للطعن أمام محكمة العدل العليا. فقد أجاز المشرّع للأفراد الطعن في هذا القرار السلبي.

(١) P.Pacteau : le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif, paris, 1977, p. 52.

فقد نصت المادة (١١) من قانون محكمة العدل العليا رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢ « يعتبر في حكم القرار الإداري رفض الجهة المختصة اتخاذ القرار أو الامتناع عن اتخاذه، إذا كان يترتب عليها اتخاذه بمقتضى التشريعات المعمول بها » . كما عدل المشرع في هذا القانون عن فكرة تحصين القرارات الإدارية، فأجاز الطعن في أي قرار إداري نهائي حتى لو كان محصناً بالقانون الصادر بمقتضاه.

ولاشك أن الرقابة القضائية على مشروعية قرارات الامتناع عن تأسيس الأحزاب السياسية تشكل ضمانة مهمة لحماية حقوق الأفراد في تأليف الأحزاب والانتساب إليها. فقد مارست محكمة العدل رقابتها القضائية على قرارات وزير الداخلية بالامتناع.

ولاشك أن اشتراك الموظفين في تأليف الأحزاب السياسية والانتساب إليها أضحى عملية مشروعة وغير مخالفة للقانون. فلا يجوز للإدارة قانوناً ملاحقة أي موظف تأديبياً لقيامه بأي من الأفعال السابقة شريطة أن يكون الحزب الذي انتسب إليه مشروعاً. ولكن المشرِّع الجنائي الأردني جرّم تأسيس الجمعيات غير المشروعة. فتعد جمعية غير مشروعة كل جماعة من الناس مسجلة كانت أو غير مسجلة، تحرّض أو تشجّع بنظامها أو ما تقوم به من الدعاية على ارتكاب أي فعل من الأفعال غير المشروعة التالية : أ) قلب دستور الدولة بالثورة أو التخريب، ب) قلب الحكومة القائمة في المملكة بموجب الدستور باستخدام القوة والعنف، ج) تخريب أو إتلاف أموال الحكومة الأردنية في المملكة.

وتعتبر كل جماعة من الناس يقضي عليها القانون بتبليغ نظامها إلى الحكومة وتخلفت عن ذلك أو استمرت على عقد اجتماعاتها بعد انحلالها بمقتضى القانون

المذكور جمعية غير مشروعة، وتشمل أيضاً كل فرع أو مركز أو لجنة أو هيئة أو شعبة لجميعة غير مشروعة وكل مؤسسة أو مدرسة تديرها جمعية غير مشروعة أو تدار تحت سلطتها [1] .

ويعاقَب بالأشغال الشاقة المؤقتة كل من انتسب لعضوية جميعة غير مشروعة وشغل وظيفة أو منصباً في مثل هذه الجمعية أو قام بمهمة معتمداً أو مندوباً لها إذا أنشئت الجمعية لتحقيق إحدى الغايات غير المشروعة المذكورة آنفاً. ويعاقب بالحبس مدة لاتزيد على سنتين في الحالات الأخرى[2] . كما يعاقَب بالحبس مدة لاتزيد على سنتين كل من شجع غيره بالخطابة أو الكتابة، أو بأية وسيلة أخرى على القيام بأي فعل من الأفعال التي تُعد غير مشروعة بمقتضى المادة (١٥٩) من قانون العقوبات، أي تأسيس جمعية غير مشروعة[3] .

ويعاقَب بالحبس مدة لاتزيد على ستة أشهر كل من دفع تبرعات أو اشتراكات أو إعانات لجمعية غير مشروعة أو جمع تبرعات أو اشتراكات أو إعانات لحساب مثل هذه الجمعية [4] .

ويعاقب بالحبس مدة لاتزيد على ستة أشهر أو بغرامة لاتزيد على خمسين ديناراً كل من طبع أو نشر أو باع أو عرض للبيع أو أرسل بالبريد كتاباً أو نشرة أو كراساً أو إعلاناً أو بياناً أو منشوراً أو جريدة لجمعية غير مشروعة أو لمنفعتها أوصادرة منها [5] .

---

(١) المادة ١٥٩ من قانون العقوبات.

(٢) المادة ١٦٠ من قانون العقوبات.

(٣) المادة ١٦١ من قانون العقوبات .

(٤) المادة ١٦٢ من قانون العقوبات.

(٥) المادة ١٦٣ من قانون العقوبات .

وبناءً عليه يعتبر قيام الموظف بإتيان أي فعل من الأفعال السابقة جريمة جنائية وتأديبية يعاقب عليها بعقوبتين جنائية وتأديبية. وبذا يحظر على الموظفين كافة إتيان أي فعل من الأفعال السابقة.

المبحث الثاني
واجبات الموظف العام المنتمي حزبياً

يملك الموظف العام الأردني حالياً الاشتراك في تأليف الأحزاب السياسية والانتساب إليها، إلا أنه يُلزم باحترام عدد معين من الواجبات الوظيفية التي لم تظهر أهميتها بعد في الإدارة الأردنية نظراً لحداثة التجربة الحزبية، وتغاضي الإدارة عن تصرفات موظفيها. وتتمثل هذه الواجبات الوظيفية في واجب التحفظ في الحياة السياسية، وواجب الحياد الوظيفي.

المطلب الأول
واجب التحفظ في الحياة السياسية

تعترف التشريعات الوظيفية للموظفين العموميين بحرية الرأي والتعبير، فتجد هذه الحرية الأساسية سندها القانوني في نصوص دستورية وتشريعية. فتنص ديباجة الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦ « لايضار أحد في عمله أو وظيفته بسبب معتقداته أو آرائه أو أصله». وتنص المادة ٦ من القانون الصادر في ١٩٨٣/٧/١٣ « حرية الرأي مصونة، ولايجوز التمييز بين الموظفين بسبب آرائهم السياسية والنقابية

والفلسفية أو الدينية أو بسبب الجنس أو انتماءاتهم العرقية».

وكفلت دساتير المملكة المتعاقبة [1] حرية الرأي والتعبير. فتنص الفقرة (أ) من المادة ١٥ من الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ « تكفل الدولة حرية الرأي، ولكل أردني أن يعبر عن رأيه بالقول والكتابة والتصوير ووسائل التعبير بشرط أن لايتجاوز حدود القانون».

وعليه يتمتع الموظف العام الأردني والفرنسي بحرية التفكير واعتناق العقيدة الدينية والسياسية التي يريد دون أن يتعرض للعقاب التأديبي. فلايجوز أن تكون معتقدات الموظف الدينية أو السياسية أساساً مشروعاً لأي إجراء تأديبي يتخذ بحقه[2]. كما لايُعد انتماء الموظف في فرنسا والأردن بعد صدور قانون الأحزاب الأخير مخالفة مسلكية[3] باستثناء الفئات الوظيفية التي حددها المشرع الأردني صراحة. وعليه يملك الموظف اختيار الحزب الذي يريد الانتساب إليه شريطة أن يكون هذا الحزب مشروعاً.

ويتمتع الموظف العام الفرنسي مقارنة بنظيره الأردني بضمانات قانونية متعددة، لعل أهمها ماتضمنتها الفقرة الثانية من المادة (١٨) من قانون الخدمة المدنية الأخير، فقد حظرت تضمين الملف الوظيفي أية وثيقة إدارية أو أية إشارة إلى آراء الموظف السياسية أو نشاطاته النقابية أو معتقداته الدينية أو الفلسفية. ولاشك أن

(١) انظر المادة (١١) من دستور ١٩٢٨. والمادة ١٧ من دستور ١٩٤٧.

(٢) C.E : 8/12/1948, R.D.P., 1949, p.75.

(٣) C.E : 1/10/1954, Rec, p.494.

ولمزيد من التفاصيل حول هذا الحكم انظر الدكتور محمد حسنين عبدالعال: الحريات السياسية للموظف العام، القاهرة، ١٩٨٠-١٩٨١، ص١٦ ومابعدها.

الموظف الأردني بأمس الحاجة لمثل هذه الضمانة القانونية التي تكفل عدم تأثر السلطات الإدارية بهذه الآراء والمعتقدات حين اتخاذ أي إجراء إداري بحق الموظف.

فإذا كانت حرية الرأي والعقيدة مطلقة لايرد عليها أي قيد، فإن حرية التعبير مقيدة بقيود وضوابط قضائية. فللموظف أن يعبّر عن آرائه السياسية في أي ميدان من ميادين الحياة العامة والدفاع عنها بحرية[1] شريطة أن لا يتم ذلك بصورة تجعل ممارسة مهمات وظيفته مستحيلة مستقبلاً[2]، وهو ما أطلق عليه واجب التحفظ الذي ظهر لأول مرة في قضاء مجلس الدولة في حكمه الصادر في ١٩٣٥/١/١١ في قضية (Bauzanquet)، وهو الواجب الوظيفي الذي يُلزم موظفي الدولة باحترامه حين التعبير عن آرائهم السياسية.

فلم يحاول مجلس الدولة الفرنسي تحديد ماهية هذا الواجب الوظيفي المهم، بل إنه اكتفى بإقرار حقه في استخلاص مجموعة التوجهات الدائمة التي تكفل التوفيق الضروري بين حرية الرأي والتعبير ومقتضيات الوظيفة العامة[3]. وعليه يُعرف واجب التحفظ بأنه مجموعة من القيود والضوابط القضائية التي يُلزم الموظف بمراعاتها واحترامها حين التعبير عن آرائه السياسية بغية جعل ممارسة مهمات وظيفته ممكنة وسليمة. فالتحفظ هو في النتيجة حذر في التصرف وحصافة في القلم واللسان. وعليه يصعب تحديد مدى هذا الواجب الوظيفي ونطاقه بصورة دقيقة خصوصاً أن مجلس الدولة الفرنسي فرض هذا الواجب الوظيفي خارج نطاق حرية الرأى بالمعنى الدقيق.

(١) J. Rivero : les libertés politiques, paris, 1977, Tome, 2,p.128 .

(٢) G. Moranges : la liberté d'opinion des fonctionnaies, D, 1953, p,154.

(٣) G. Moranges : la liberté d'opinion des fonctions, D, 1953, p.154.

وبناءً عليه يتمثل محل واجب التحفظ في حرية التعبير عن الرأي، وليس على حرية الرأي نفسها، فقد قيل بأن الواجب لايرد على الرأي نفسه، بل على حرية التعبير[1] . فيمكن للموظف التعبير عن آرائه بالكتابة والقول والتصوير والعمل شريطة احترام واجب التحفظ. فله ممارسة حرية الانتقاد البنّاء والتقييم الموضوعي المسؤول، وممارسة الضغط على الهيئات الدستورية المختصة لحملها على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو القيام به بكيفية معينة.

وباستقراء قضاء مجلس الدولة الفرنسي يُلاحظ أنه اعتبر بعض تصرفات الموظفين إخلالاً بواجب التحفظ، كاشتراك أحد الموظفين في مظاهرة قررت السلطة المختصة حظرها[2] ، أو اشتراكه في مؤتمر أو اجتماع عام لتشجيع استقلال المستعمرات الفرنسية[3] ،أو إيراد مضمون رسالة في المنشورات التي وزعها أحد خصوم الوزير السياسيين لانتقاد أسلوب إدارة موضوع من الموضوعات الوظيفية، والمشاركة في تجمع انتخابي منظم لهذه الغاية[4] ، أو توزيع منشورات أمام الدائرة على العاملين فيها لحثهم على الاشترا في إضراب سياسي[5] ، أو توزيع منشورات وجرائد تنتقد بشدة عمل الدائرة التابع لها[6] .

وقد يتمثل الإخلال بواجب التحفظ في صورة تصرف سلبي، كرفض مدير إحدى

(1) J. Rivero : sur l'obligation de reserve, A.J.D.A,. 1977, p.580 .

(2) C.E : 27/5/1955,Rec, p.292.

(3) C.E : 8/1/1964, A.J.D.A., 1964, p. 444.

(4) C.E : 10/3/1971, A.J.D.A., 1971, p.622.

(5) C.E : 12/10/1956, Rec, p. 362.

(6) C.E : 20/2/1952, Rec, p. 117.

المدارس العليا الاشتراك في مراسيم إحدى الاحتفالات الرسمية[1] ، أو رفض أحد كبار المسؤولين استنكار التعبيرات الواردة في رسالة مفتوحة موزعة على الصحف لانتقاد الحكومة الفرنسية بصورة غير لائقة تنم عن الاستهزاء[2] .

ويتم الإخلال بواجب التحفظ حين التعبير عن الآراء شفوياً أو بالكتابة، كإقدام أحد الموظفين على توجيه ألفاظ واتهامات قاسية للإدارة والمسؤولين الإداريين فيها[3] ، أو التصريحات الصحفية التي أدلى بها الموظف للصحافة الأجنبية وعبر فيها عن معارضته للسياسية العامة للحكومة[4] ، أو قيام سكرتير المجلس البلدي بنشر مقال في الصحافة يتضمن انتقادات حادة وقاسية لرئيس المجلس البلدي[5] .

وقد يقع الإخلال بواجب التحفظ حين التعبير عن الآراء بالتصوير، كسماح أحد الموظفين الموقوفين عن العمل بنشر صورة مخجلة وغير لائقة لرئيس الدولة في الدورية التي يرأس إدارتها[6] .

وأنوه أنه من المنطقي أن يتشدد القضاء الإداري باحترام واجب التحفظ بالنسبة لكبار الموظفين الذين يشغلون وظائف عليا رئيسية ترتبط بصلة وثيقة بمسؤوليات الحكومة ونشاطها، بحيث يكون هذا الواجب أكثر شدة بالنسبة لهم عنه بالنسبة للموظفين الذين يشغلون وظائف عادية أو دنيا في السلم الإداري[7] .

---

(١) C.E : 5/11/1952, Rec, p.487.

(٢) C.E : 13/3/1953, Rec, p.133.

(٣) C.E : 13/5/1981, Rec, p.795.

(٤) C.E : 8/3/1968, Rec, p.468.

(٥) C.E : 11/7/1939, Rec, p.468.

(٦) C.E : 10/1/1969, Rec, p. 24.

(٧) الدكتور محمد حسنين عبدالعال، المرجع السابق، ص٢٢.

وفي المقابل حظرت الفقرتان (ج) و (د) من المادة ٤٤ من نظام الخدمة المدنية الأخير على الموظفين القيام بالأعمال التالية : استغلال الوظيفة لخدمة أية أهداف أو مصالح حزبية أو الاشتراك في أية تظاهرة أو إضراب أو اعتصام. كما حظرت عليهم توزيع أية مطبوعة أو نشرة سياسية أو كتابة عرائض أو رسائل من شأنها النيل من سمعة الحكومة وهيبتها أو التوقيع عليها. كما حظرت الفقرة (هـ) من المادة نفسها على الموظف أن يعمل محرراً في مطبوعة دورية أو موقوتة أو الاشتراك بصورة مباشرة أو غير مباشرة في إدارتها إلا إذا كانت تصدرها إحدى الدوائر.

ونحن نرى أن هذه الأحكام تقر حظراً مطلقاً على ممارسة حرية التعبير، مما يُعد بنظرنا مصادرة لحرية الموظفين العموميين في التعبير عن آرائهم. لهذا تعتبر مخالفة للأحكام الدستورية التي تقرر حرية الرأي والتعبير. لهذا يتعين التوفيق بين حريتي الرأي والتعبير وبين مقتضيات الوظيفة العامة، ولن يتحقق ذلك إلا عن طريق واجب التحفظ.

وإذا كان مجلس الدولة الفرنسي يُلزم الموظفين باحترام واجب التحفظ، إلا أنه يخفف من حدة ووطأة هذا الواجب الوظيفي بخصوص القادة النقابيين[1] بالنظر لما تتطلبه طبيعة العمل النقابي من حرية واسعة في التعبير عن الآراء دفاعاً عن المصالح المهنية للمنتسبين للتنظيم النقابي الذي يرأسه. لهذا لايُعد إخلالاً بواجب التحفظ قيام سكرتير عام إحدى النقابات الوظيفية بتوجيه رسالة شديدة اللهجة إلى أحد الوزراء للاحتجاج على العقوبة التأديبية التي أوقعها بحق أحد الموظفين

(١) U. Conen : le droit syndical; et l'exprèssion d'opinion politiques, D, 1973, p.89.

المنتسبين للنقابة[1] .

وأنوّه أن التخفيف لواجب التحفظ ليس مطلقاً؛ إذ يتطلب مجلس الدولة من هؤلاء القادة النقابيين أن تكون الغاية من تصرفاتهم وأعمالهم هي الدفاع عن المصالح المهنية البحتة، وعليه يعتبر إخلالاً بواجب التحفظ قيام السكرتير العام لإحدى نقابات الموظفين بتوقيع اتفاق مع نقابة أجنبية يستشف من مضمونه والظروف التي عاصرت توقيعه، أنه ذو طبيعة سياسية. فيُعد ما نُسب إليه خطأ وظيفياً يستوجب العقاب التأديبي، ولايعفيه من المسؤولية التأديبية الاحتماء خلف صفته النقابية كرئيس لإحدى نقابات الموظفين[2] .

ولعل الباعث الذي حمل مجلس الدولة على منح القادة النقابيين هامشاً أوسع للتعبير عن آرائهم هو أن طبيعة العمل النقابي تقتضي الكفاح والتصدي للإدارة بالوسائل المشروعة كافة، كتوجيه خطابات ووسائل وعرائض مكتوبة أو استخدام الإضراب باعتباره وسيلة الضغط الحاسمة[3] .

المطلب الثاني
واجب الحياد الوظيفي

يقتضي حسن سير المرافق العامة أن يؤدي كل موظف مهمات وظيفته بحيدة ونزاهة وموضوعية وتجرد تام، فهو في خدمة الدولة مجتمعة وليس لدى شخص من

---

(١) C.E : 18/5/1956, Rec, p.213.

(٢) C.E : 8/6/1962, Rec, p.382.

(٣) انظر الدكتور محمد حسنين عبدالعال: المرجع السابق، ص٢٣.

أشخاص القانون الخاص أو لدى حزب سياسي معين. فيتعين على موظفي الدولة تنفيذ سياسة الحكومة العامة مهما كان لونه السياسي (العقيدة السياسية)، وبصرف النظر عن عقيدة الحكومة السياسية أو برنامجها السياسي.

ويشكل هذا الواجب الوظيفي ضمانة مهمة وجوهرية للمنتفعين من خدمات المرافق العامة، فيجب أن يعامل هؤلاء على قدم المساواة دون أي تمييز بينهم في اللون أو العرق أو الدين أو اللغة. كما يكفل هذا الواجب أيضاً استقلال الموظف وحياده بمواجهة أشخاص القانون الخاص كافة بما فيها الأحزاب والتنظيمات السياسية الأخرى، وتحقيق استقلاله إزاء الحكومة القائمة. لهذا يتوجب على موظفي الدولة كافة الابتعاد عن كل ماشأنه المساس بهذا الواجب الوظيفي.

وعليه ينطوي هذا الواجب الوظيفي على مظهرين أساسيين مختلفين حتى وإن كانا يستهدفان تحقيق الغاية نفسها، ألا وهي ضمان استقلال الموظف وحياده الوظيفي. فيتجلى المظهر الأول في ضرورة معاملة جميع فئات المنتفعين على قدم المساواة دون أي تمييز بينهم وإن اختلفوا في العرق أو اللغة أو الدين[1]. لهذا تحرص دساتير دول العالم علي تكريس مبدأ المساواة بنصوص صريحة بالنظر لما ينطوي عليه من عدالة مقدسة بين أفراد المجتمع[2].

وتقتضي مساواة المنتفعين أمام خدمات المرافق العامة وحدة المعاملة عند تماثل الظروف، فلا يجوز محاباة أو مجاملة بعض الفئات لتحقيق منافع شخصية أو

(١) P. Duez et Debeyre : traite ide droit administratif, paris, 1952, p.672.

(٢) تنص المادة ٦ من الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ « الأردنيون أمام القانون سواء لاتمييز بينهم في الحقوق والواجبات وإن اختلفوا في العرق أو اللغة أو الدين».

سياسية. كما لايجوز بداهة مجاملة ومحاباة أنصار حزب الموظف على حساب أتباع الأحزاب الأخرى وأنصارهم[1] . ويشكل عيب الانحراف في استخدام السلطة ومجانية المصلحة العامة قيداً مهماً وأساسياً لحماية أنصار الأحزاب السياسية إذا حاول الموظف الحزبي مجاملة أنصار حزبه السياسي ومحاباتهم، فتُعد قراراته غير مشروعة، وعرضة للإلغاء القضائي إذا طعن بعدم مشروعيتها أمام القضاء الإداري. فضلاً عن المسؤولية التأديبية التي يتعرض لها.

ولايكفي أن يحترم الموظف هذا الواجب السلبي، بل يتعين عليه أيضاً مقاومة كافة صور الضغط التي تمارسها عادة القوى السياسية، ومحاربتها سواء كانت أحزاباً سياسية أم جماعات ضغط سياسية[2] . كما يتوجب عليه أيضاً مقاومة ضغط القوى الاجتماعية المختلفة خصوصاً القوى العشائرية والإقليمية، فلن يقبل من الموظف الأردني مثلاً محاباة ومجاملة أفراد عشيرته أو أبناء منطقته الجغرافية ومجاملتهم، فذلك انحراف بدائي في استعمال السلطة، فهو موظف لدى الدولة وليس لدى عشيرته أو منطقته الإقليمية. وتظهر أهمية واجب الحياد الوظيفي في بعض المجالات كالتعليم. فإذا كانت حرية العقيدة الدينية والسياسية مطلقة، فيجب التوفيق بينها وبين مبدأ موضوعية التعليم وحيدته. لهذا يتعين على الموظف الابتعاد عن كل مامن شأنه المساس أو النيل من واجب الحياد الوظيفي ومبدأ علمانية التعليم[3] . لهذا حظر المشرع الأردني على الأحزاب السياسية استخدام مؤسسات الدولة والمؤسسات العامة وجميع مؤسسات التعليم للتنظيم الحزبي،

(١) f. Gazier : la fonction publique dans le monde, paris, 1972, p.153.

(٢) F. Gazier : op. cit. , p. 153.

(٣) C.E : 26/10/1954, Rec, p.496

والمحافظة على حياد هذه المؤسسات تجاه الكافة في أداء مهماتها. كما حظر عليها أيضاً استخدام مراكز النقابات والجمعيات الخيرية والأندية وأجهزتها وأموالها لمصلحة أي تنظيم حزبي.

ولاشك أن المقصود بالحظر التشريعي السابق هو استخدام المؤسسات والهيئات السابقة للتنظيم الحزبي فقط، أي للترويج لأفكار ومبادىء الأحزاب واستقطاب الأنصار وتجنيدهم في صفوفها. وعليه يملك العاملون في تلك المؤسسات والهيئات الانتماء إلى الأحزاب السياسية القائمة. كما تملك تلك الجهات تنظيم الندوات والمؤتمرات السياسية المختلفة.

ويتمثل المظهر الثاني من واجب الحياد الوظيفي في استقلال الموظف بمواجهة الحكومة القائمة. فيتعين على موظفي الدولة تنفيذ سياسة الحكومة العامة مهما كانت عقيدتهم السياسية، وبصرف النظر عن اللون السياسي للحكومة القائمة. فيرتبط هذا المظهر الثاني بالولاء السياسي للموظف العام. فيتوجب على الموظف أن يكون موالياً للدولة التي يخدم في إدارتها ولاءً مطلقاً. وعلة ذلك أن الإدارة ترتبط من الناحيتين القانونية والعملية برابطة التبعية الكاملة للسلطات السياسية العليا، فهي أداتها لتنفيذ برامجها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

وعليه يصنف الولاء السياسي بالنظر للجهة الموجه إليها إلى ولاء شخصي وحكومي ووطني. وسنحاول توضيح أوجه الاختلاف بينها نظراً للخلط المتعمد الذي تلجأ إليه الحكومات عادة.

أولاً : الولاء الشخصي :

تطلب بعض الأنظمة السياسية خصوصاً الاستبدادية والمطلقة ولاءً سياسياً مطلقاً من جميع موظفي الدولة لشخص الحاكم. فقد اعتبر عدم الولاء الشخصي في تلك الأنظمة السياسية التقليدية جريمة جنائية قد تصل إلى حد وصفها بالخيانة العظمى. فضلاً عن اعتبارها جريمة تأديبية تبرر إقصاء الموظف من سلك الوظيفة العامة دون مراعاة الضمانات التأديبية المقررة لصالح الموظفين العموميين. وتجلى هذا الولاء الشخصي في الأنظمة النازية والفاشية، فقد تضمن نظام الموظفين الألماني الصادر في ١٩٣٧/١/٢٧ قَسَماً قانونياً يؤديه الموظف عند التحاقه بالوظيفة العامة يتمثل بالولاء السياسي المطلق لرئيس الدولة أدولف هتلر. وتتضمن بعض الأنظمة الوظيفية الحديثة قَسَماً قانونياً يؤديه الموظف عند التحاقه بالوظيفة العامة لأول مرة. ومن أمثلتها نظام الخدمة المدنية البلبجيكي[١] والأردني . فتنص المادة ٤٢ من نظام الخدمة المدنية الأردني الأخير « أقسم بالله العظيم أن أكون مخلصاً للوطن وللملك وللدستور، وأن أحافظ على القوانين والأنظمة المعمول بها، وأن أتقيد بالعمل بها، وأن أقوم بمهام وظيفتي وواجباتها بشرف وأمانة وإخلاص دون أي تحيّز لأحد أو تمييز بين الناس».

ويتعين علينا التنويه في هذا المقام أن الولاء السياسي السابق لايُعد ولاءً سياسياً للحاكم بشخصه، بل إنه ولاء سياسي لرئيس الدولة بصفته الدستورية، فهو ولاء سياسي للملك المعتلي العرش دستورياً أياً كان شخصه[٢] . وعليه لايجوز الخلط

(١) Dapre's le statut g'eneral belge "Jejue fid'elité au roi, ob'eissance à la constitution et aux lois du peuple beldge" .

(٢) R. Catherine : le fonctionnaire francais, paris, s, 1973, p.132.

بين هذا الولاء وبين الولاء الذي تتطلبه الأنظمة السياسية الاستبدادية والنازية والفاشية٠

ثانياً : الولاء الحكومي :

يقصد بالولاء الحكومي ذلك الولاء السياسي الذي يكون موجهاً للحكومة القائمة، فلا يطلب من الموظف كقاعدة عامة أن يكون موالياً للحكومة القائمة، فهو مُلزم وفق مفهوم الإدارة المحايدة بتنفيذ توجيهات الحكومة ومبادئها مهما كان رأيه إزاء سياستها العامة، فله حق التحفظ إزاء سياستها العامة وملاءمتها٠

ويتمثل الولاء السياسي الحكومي في الدول التي تتبنى التعددية الحزبية في التزام الموظف العام بتطبيق وتنفيذ توجهات الحكومة القائمة ومبادئها، فعليه تنفيذها بموضوعية ونزاهة وحياد تام٠ وآية ذلك أن الحكومة قد التزمت بتلك السياسة العامة أمام البرلمان والرأي العام، ونالت الثقة البرلمانية على أساسها، فمن حقها المطلق أن تعمل على تنفيذها كاملة وبأفضل صورة ممكنة٠ وبهذا يجب على كافة موظفي الدولة العمل على تنفيذ السياسة العامة للحكومة٠

وترتفع درجة الولاء السياسي للحكومة وتزداد حدة هذا الالتزام الوظيفي لشاغلي المناصب السياسية٠ فقد تبنى المشرع الفرنسي طريقة الاختيار الحر لتعيين شاغلي المناصب العليا٠ فتنص المادة ٢٥ من القانون رقم ٨٤-١٦ الصادر في ١٩٨٤/١/١١ « يصدر نظام يحدد في كل إدارة ومرفق الوظائف العليا التي يترك أمر التعيين فيها لتقدير الحكومة» ٠

وبدون شك فإن التعيين في المناصب العليا يستند لاعتبارات سياسية معينة [1] ، فمن حق الحكومة تعيين الأشخاص الذين ترى أنهم أهل طبقاً لقناعتها المطلقة لتولي المناصب العليا في الدولة. فلا يمكن للحكومة تنفيذ برنامجها السياسي المسؤولة عن تنفيذه أمام البرلمان والرأي العام إلا إذا كان بمقدورها اختيار شاغلي المناصب العليا بحرية تامة، فهؤلاء في الحقيقة هم أدوات ووسائل تنفيذ البرنامج الحكومي.

وتنفيذاً لنص المادة ٢٥ السابق أصدر المشرّع الفرنسي في ١٩٨٥/٧/٢٤ النظام رقم ٨٥-٧٧٩ لتحديد المناصب السياسية التي يترك أمر التعيين فيها لتقدير الحكومة. وبالرجوع لأحكام هذا النظام نجد أن المشرع حدد هذه الوظائف في جميع الإدارات الحكومية وفي كل إدارة على حدة. وتتمثل الوظائف السياسية في كافة الدوائر الحكومية : في المفوضين العامين، وكبار المفوضين، والمفوضين، وأمناء السر العامين، والمندوبين العامين والمندوبين إذا كانوا تحت إشراف الوزير مباشرة.

وتتمثل الوظائف العليا في الدوائر المختلفة على النحو التالي في رئاسة الوزراء، ووظائف السكرتير العام للحكومة والسكرتير العام للدفاع الوطني، والمندوبين بين الوزرات المختلفة والمندوبين. وفي وزارة الخارجية الوظائف التالية : الرئيس المثبت في مهمة دبلوماسية بدرجة سفير. وفي وزارة الداخلية واللامركزية الوظائف التالية: في المحافظين، ومفوضي الجمهورية، ورئيس قسم التفتيش العام للإدارة، ومدير أقسام البوليس الآلية، ورئيس قسم التفتيش في البوليس الوطني. وفي وزارة التربية الوطنية ومديري الأكاديميات.

---

(١) M. Cadaccioni : le recretement des hauts fonctionnaires, rev. admin, 1971, p.137

واستقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ الخمسينيات على أن الوظائف السابقة غير محددة على سبيل الحصر، وبذا تملك الحكومة حق إضافة وظائف أخرى إلى الوظائف المحددة قانوناً [١]. فقد أقر مجلس الدولة تكييف الحكومة لبعض الوظائف واعتبارها وظائف سياسية تملك اختيار شاغليها بحرية مطلقة[٢].

وبناءً عليه تملك السلطة السياسية العليا تعيين وإنهاء خدمات شاغلي المناصب العليا دون ارتكابهم لأية مخالفة مسلكية. ولكن إذا نسبت لأي منهم جريمة تأديبية لتبرير قرارها، فيتعين عليها إثبات ارتكاب الموظف للأفعال المنسوبة إليه وصحة التكييف القانوني الذي أضفته الإدارة عليها[٣]. وتخضع تلك المخالفات للقواعد والإجراءات التأديبية كافة. وعليه يدين هؤلاء الموظفون بالولاء السياسي الكامل للحكومة القائمة، فهم رجالها وأدواتها لتنفيذ برنامجها السياسي، فتملك الحكومة إنهاء خدمات أي من هؤلاء الموظفين إذا تزعزعت ثقتها السياسية بولائه السياسي تجاهها.

ولاتعرف الحكومات الأردنية فكرة المناصب السياسية بشكل مؤسسي كما هو الحال في فرنسا. فيعين موظفو الفئة العليا بقرار من مجلس الوزراء بناء على تنسيب رئيس الوزراء أو الوزير على أن يقترن القرار بالإرادة الملكية السامية. لهذا يعمل هؤلاء في خدمة عدة حكومات متباينة سياسياً أو ذات برامج سياسية مختلفة. ويعود ذلك لشعور الحكومات الأردنية بأنها ملزمة باحترام التعيينات التي

(١) P. Larmiere : les hauts fornctionnaires, chron, D, 1959, p. 241 .

(٢) انظر الدكتور محمد حسنين عبدالعال، المرجع السابق، ص٢١.

(٣) الدكتور محمد حسنين عبدالعال، المرجع السابق، ص٢١.

أجرتها الحكومة السابقة، وأنها لاتملك من الناحية القانونية إنهاء خدمات موظفي الفئة العليا استناداً لاعتبارات سياسية.

وإذا كانت المملكة لاتعرف فكرة المناصب السياسية من الناحية القانونية، إلا أنها تأخذ من الناحية العملية بما نسميه بالصالونات السياسية التي يتزعمها رؤساء الحكومات السابقين. فيكون رئيس الوزراء المكلف بتشكيل الحكومة من رواد صالونه السياسي، ويعهد بمناصب الإدارة العليا لأعضاء الصالون إذا شغرت أياً منها لأي سبب من الأسباب.

فإذا كانت الحكومات تطلب من شاغلي المناصب السياسية ولاءً سياسياً مطلقاً لسياستها العامة، فإن الدول التي تتبنى نظام الحزب الواحد أو الحزب القائد تتطلب من موظفي الإدارة ولاءً مماثلاً. فيتمثل الولاء السياسي في هذه الدول في المشاركة الإيجابية لتنفيذ سياسة الحكومة العامة، فلا يكتفى من الموظف مجرد تنفيذ توجهات ومبادىء الحكومة فقط، بل يتعين عليه أن يشارك مشاركة إيجابية وفعالة في تنفيذ تلك السياسة العامة، والدفاع عنها بحرارة وحماس. وعلة ذلك أن الإدارة العامة في هذه الطائفة من الدول ملتزمة وتابعة سياسياً ومسيسة بكاملها[1] .

وفضلاً عن ذلك تتطلب وتُلزم موظفي الإدارة العامة بالانتساب للحزب السياسي دون قيد أو شرط. كما تلزمهم بتنفيذ أوامر وتوجيهات الحزب الإلزامية وإلا تعرضوا لإجراءات الطرد والإقصاء. لهذا تقوم حكومات تلك الدول بتطهير الإدارة العامة من المناوئين والمعارضين السياسيين. ويتجلى ذلك في دول أوربا

(١) F. Gazier : op. cit, p.154.

الشرقية سابقاً، والعديد من دول العالم الثالث[1].

ثالثاً : الولاء الوطني :

يقصد بالولاء الوطني ذلك الولاء الذي يوجه للوطن بكامله ممثلاً بالدولة ككيان سياسي متكامل. وبذا يتعين أن يكون ولاء الموظف للوطن ولاءً كاملاً غير منقوص. لهذا جرم المشرع الجنائي الأردني العديد من الأفعال التي يرى أنها تمثل إخلالاً بالولاء للوطن كالخيانة، والاتصال بالعدو لمقاصد غير مشروعة، والنيل من هيبة الدولة ومن الشعور القومي، وجرائم المتعهدين، والجنايات الواقعة على الدستور، واغتصاب سلطة سياسية أو مدنية أو قيادة عسكرية، والفتنة، والإرهاب، والجرائم التي تنال من الوحدة الوطنية أو تعكر الصفاء بين عناصر الأمة.

وحرصاً من المشرع الأردني على الولاء للوطن فقد ألزم الأحزاب السياسية باحترام أحكام الدستور واحترام السيادة الوطنية. كما يتعين عليها الالتزام بالمحافظة على استقلال الوطن وأمنه وصون الوحدة الوطنية ونبذ العنف بجميع أشكاله وعدم التمييز بين المواطنين. كما تلتزم بعدم الارتباط التنظيمي أو المالي بأية جهة غير أردنية أو توجيه النشاط الحزبي بناء على أوامر أو توجيهات من أية دولة أو جهة خارجية.

ونخلص مما سبق إلى عدم جواز الخلط بين الولاء السياسي للموظف والولاء السياسي للحكومة القائمة. فإذا كان الولاء للوطن مطلقاً، فإن الولاء للحكومة يقابل بنوع من التحفظ والتردد من الموظفين العموميين؛ إذ يعتبر هؤلاء أنفسهم في

(١) S. salon et v. Silvera : op. cit, N. 139 .

خدمة الحكومة القائمة فقط، وسيكونون في خدمة غيرها، فتتعاقب الحكومات على السلطة، وتتغير بين عشية وضحاها، فيجد الموظفون العامون أنفسهم في خدمة الحكومة القائمة بصرف النظر عن عقيدتها السياسية. كما لايجوز الخلط أيضاً بين الولاء للوطن وبين الولاء للنظام السياسي الحاكم. فإذا كان الولاء السياسي للوطن مطلقاً، فإن ولاء الموظف للنظام السياسي يقابل بنوع من التحفظ من موظفي الدولة؛ إذ يعتبر هؤلاء أنفسهم في خدمة النظام السياسي القائم، وسيكونون في خدمة أي نظام سياسي جديد يقرر شعب الدولة اختياره وتبنيه. لهذا يتعين الإقلاع عن تخوين معارضي الحكومة بحجة عدم ولائهم للوطن، فالفرق شاسع وكبير بين صور الولاء السياسي المختلفة.

الخاتمـــة :

لاحظنا من دراستنا السابقة أن الموظف العام هو ذلك الشخص الذي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو إحدى الهيئات الإقليمية أو إحدى المؤسسات العامة الإدارية. فهو أداتها الضرورية لتنفيذ ما أنيط بها من مهمات ومسؤوليات بغية تحقيق الرفاهية العامة.

وتوسعت محكمة العدل العليا الأردنية في اعتبار العاملين في المؤسسات العامة موظفين عموميين، فقد اعتبرت منازعاتهم إدارية تختص بنظرها والفصل فيها، وجاء هذا التوسع من تجاهلها للتفريق المعروف بين المؤسسات العامة الإدارية والمؤسسات العامة الاقتصادية، تلك المؤسسات العامة التي تخضع لأحكام القانون الخاص، وبالتالي تعد من أشخاص القانون الخاص.

ولاشك أن الموظف العام هو أولاً وقبل كل شيء مواطن كبقية المواطنين، ويتمتع بصفته تلك بالعديد من الحقوق السياسية التي يمارسها كبقية الأفراد. فلا يجوز أن تؤدي الصفة الوظيفية إلى تجريد عدد لايستهان به من مواطني الدولة من ممارسة حقوقهم السياسية. فذلك أمر غير مقبول وغير مستساغ بالنظر لما يمثله من مخالفة ومجافاة للمبادىء القانونية المستقرة، وحرمان الوطن من مشاركتهم في الحياة السياسية. لهذا قررت المحكمة بعد عودة الحياة البرلمانية لوضعها العادي إباحة تأليف الأحزاب السياسية وفق شروط وضوابط حددها قانون الأحزاب الأخير رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٢، كما أنه قرر حق الموظفين العموميين في تأسيس الأحزاب والانتساب للقائمة منها. لكنه استثنى بعض الفئات الوظيفية من المشاركة في

تأسيس الأحزاب والانتساب إليها.

وعليه يملك موظفو الدولة كافة الانتماء إلى الأحزاب السياسية سواء كانوا عاملين في الجهاز المركزي (الوزرات والدوائر التابعة لها) أم في الجهاز اللامركزي (المجالس البلدية والقروية) والمؤسسات العامة التي اعتبرتها محكمة العدل العليا مؤسسات إدارية بصرف النظر عن طبيعة النشاط الذي تزاوله ومهما كانت طبيعة القانون الذي ينظم ويحكم هذا النشاط .

ويستثنى من حق الانتماء الحزبي المقرر للموظفين العموميين القضاة ورجال القوات المسلحة والأجهزة الأمنية المختلفة، وهي فئات وظيفية يتعين عدم تسيسها بأي حال من الأحوال، فهي حارس الديمقراطية. ولاشك أن مشروعية الانتماء الحزبي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمشروعية الأحزاب السياسية نفسها، ويراوح حق الموظفين في الانتماء الحزبي مابين الإباحة والحظر، فقد حظرت الأحزاب السياسية في الأردن مدة طويلة جداً استمرت منذ عام ١٩٥٧ إلى ١٩٩٢، فاعتبر فيها انتساب الموظف للأحزاب السرية مخالفة مسلكية تستحق العقاب التأديبي تمثل في تلك الفترة بالاستغناء عن خدماته عملاً بتعليمات الإدارة العرفية رقم ٤ لسنة ١٩٧٠ التي كانت تخول الحاكم العسكري العام (رئيس الوزراء) صلاحية إنهاء خدمات أي موظف إذا مارس نشاطاً ينطوي على مساس بأمن المملكة وسلامتها.

ومن نافلة القول أيضاً إن الانتساب إلى بعض الأحزاب السياسية كالحزب الشيوعي جريمة جنائية وتأديبية معاً. وهو الوضع الذي انتهى بصدور قانون رقم ٧ لسنة ١٩٩٢ الذي ألغى قانون مقاومة الشيوعية لعام ١٩٥٣.

وإذا أصبح مباحاً للموظفين الانتماء إلى الأحزاب السياسية القائمة، فإن صفتهم الوظيفية تفرض عليهم العديد من الواجبات الوظيفية التي تستهدف في المقام الأول حيادهم واستقلالهم إزاء كافة التيارات والقوى السياسية والاجتماعية. فيتعين عليهم التحفظ عند التعبير عن آرائهم السياسية، ويزداد على هذا حدّة، وقوة بخصوص الموظفين الشاغلين للوظائف السياسية، وهي الوظائف التي يُختار شاغلوها وتُنهي خدماتهم لاعتبارات سياسية. كما يتوجب عليهم الولاء السياسي للوطن بكامله، وهو ولاء لايجوز التهاون أو التساهل فيه. كما يجب عليهم أيضاً الولاء لرئيس الدولة بصفته الرسمية لا الشخصية.

وبناءً عليه نرى تقديم التوصيات التالية :

أولاً : يجب تحديد الوظائف السياسية التي يترك أمر التعيين فيها وإنهاء خدمات شاغليها لتقدير الحكومة المسؤولة أمام البرلمان والرأي العام. وآية ذلك أن من حق الحزب الفائز في الانتخابات النيابية والمكلف بتشكيل الحكومة تعيين أنصاره في الوظائف العليا لكي يتمكن من تنفيذ سياسته العامة.

ثانياً : يتعين توضيح واجب التحفظ في الحياة السياسية المكلف باحترامه الموظفون الحزبيون كافة. وعلة ذلك أن غياب الوضوح الكافي أدى إلى استغلال بعض الموظفين لوظائفهم أو على أقل تقدير لمكانتهم الوظيفية لصالح بعض المرشحين في الانتخابات النيابية الأخيرة.

ثالثاً : يتوجب توضيح واجب الحياد الوظيفي الملقى على كاهل الموظفين الحزبيين حماية لأنصار الأحزاب السياسية المعارضة. فمن غير المقبول أن يعمل الموظف الحزبي لصالح أنصار حزبه وأتباعه فقط.

□□□

of obligations on them which are represented by the following two obligations :

l. To be conservative in political life.

ll. To be neutral in performing his official job.

The researcher at the end of his research made some recommendations towards clarifying things to the Jordanian public employee in order to safeguard him once he joins a political party. These recommendations are represented in the following :

l. The necessity to identify political positions filling and termination of their incumbents are inherited rights to the governments, in order to allow the winning party in parliamentary elections to appoint its members in those positions for the sake of applying the party's general policy.

11. The obligation of being conservative in political life has to be clarified.

111. The obligation of neutrality in performing official job has also to be clarified.



Abstract

The Jordanian Public Employee and The Right Join Political Parties

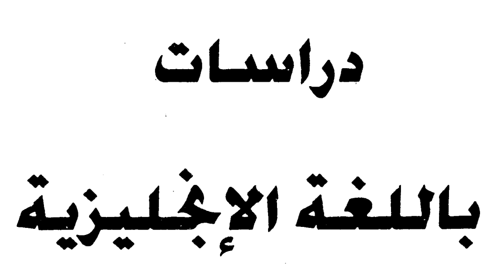
By

Dr. Ali Khttar shtnawy
Teacher of Administration Law at Faculty of Law Jordan Univeresity

Establishing political parties was benned in the Hashemite Kingdom of Jordan during the period 1975 to 1992. During this period, joining a hidden party by a public employee was considered as a behavioral breach leading to disciplinary action, which was at that time, termination of the employee's services in accordance with martial law No 4/1970.

In 1992 Political Parties Law No 32/1992 was released which gave public employees the right to establish political parties and to join existing ones. Some categories have been exempted from this right such as Judges, Military Men and Security Departments employees as they are considered incumbents of positions which should never be allowed to practice political activities for being guardians of democracy.

Although the Political Parties Law allowed public employees in general, except the exempted categories, to participate in establishing or joining political parties, but laid down a number



Studies in English Language

ملخص

نظرة موضوعية

في النزاع بين إيران ودولة الإمارات العربية المتحدة بشأن الجزر الثلاث : أبو موسى، طنب الكبرى وطنب الصغرى

د. مدوس فلاح الرشيدي

أستاذ حقوق الإنسان والقانون الدولي للبحار

في كلية الحقوق- جامعة الكويت

إذا مانظرنا إلى موضوع هذا النزاع نظرة موضوعية، فإننا نجد أن دول الخليج لم تطبق مبادىء القانون الدولي المعاصر لحل نزاعاتها الإقليمية مما أدى إلى قيام حربين في عام ١٩٨٠و١٩٩١، ومن الأمثلة الحية على ذلك الوضع المتفجر بين جمهورية إيران الإسلامية ودولة الإمارات العربية المتحدة بشأن النزاع على الجزر الثلاث، والذي من الممكن أن يقود إلى حرب خليج ثالثة آجلاً أم عاجلاً.

لذلك فإن مهمة هذه الدراسة، هي تأصيل وجهة نظر موضوعية، تتمثل بتحديد الأسس التي تقوم عليها الإدعاءات الإيرانية بالسيادة على الجزر الثلاث، والأسس التي يقوم عليها رفض إماراتي الشارقة ورأس الخيمة لهذه الإدعاءات، ثم مواءمة هذه الأسس جميعاً مع مبادىء القانون الدولي المعاصر لاكتساب الحق على الإقليم وماتقضي به هذه المبادىء في مثل هذا النزاع.

ولما كانت الإدعاءات الإيرانية بالسيادة على الجزر الثلاث قد ظهرت في وقت كانت فيه هذه الجزر تحت السيادة الواقعية لإمارتي الشارقة ورأس الخيمة، فإنه يقع على عاتق إيران عبء إثبات امتلاكها لهذه الجزر وفقاً لأي مبدأ من مبادىء القانون الدولي المعاصر بإمتلاك الإقليم، كمبدأ الحصول على الحق في الإقليم، أو مبدأ الأثر الفعال للسيادة على الإقليم، أو مبدأ الاعتراف الدولي، وهو أمر لم تستطع إيران إثباته حتى الآن. كما أن هذه المبادىء جميعاً تسند موقف الطرف الآخر على أساس أن هذه الجزر كانت تحت السيادة الإقليمية لإمارتي الشارقة ورأس الخيمة قبل الاحتلال الإيراني لها في عام ١٩٧١، كما أن الاعتراف الدولي بدولة الإمارات العربية المتحدة يتضمن الاعتراف بسيادة هذه الدولة الجديدة على إقليمها ومن ضمن هذا الإقليم الجزر الثلاث، وبالتالي فإن هذا النزاع ينبغي أن يحل وفقاً لقواعد القانون الدولي المعاصر.

ولايتأتى ذلك إلا بتطبيق مبدأ الامتناع عن التهديد بالقوة أو استخدامها في حل هذا النزاع، كما أشار إلى ذلك ميثاق الأمم المتحدة وميثاق منظمة المؤتمر الإسلامي، مما يعني أن الاحتلال الإيراني للجزر الثلاث عام ١٩٧١ يعتبر خرقاً فاضحاً لهذا المبدأ من ناحية، ومن ناحية أخرى يعتبر اعتداء يمنح دولة الإمارات العربية المتحدة اللجوء إلى حق الدفاع الشرعي في الوقت المناسب متى أصبحت قادرة عليه لاستعادة هذه الجزر، حتى ولو وافقت إيران على اللجوء إلى إجراءات حل النزاع بالطرق السلمية رجوعاً إلى الأصل في النزاع.

وإذا كان اتباع إجراءات حل النزاع بالطرق السلمية، التي تضمنتها المعاهدات

الدولية الشارعة، كميثاق منظمة الأمم المتحدة وميثاق منظمة المؤتمر الإسلامي، هو حق اختياري لكل دولة، فإن القانون الدولي والقانون الإسلامي لايعفي أياً من طرفي النزاع من مسؤولية الحل بالطرق السلمية، كالتزام تفرضه القواعد الآمرة في هذين النظامين.

فهذه القواعد قد نشأت وتبلورت عن القانون الدولي والقانون الإسلامي، ومن أهم هذه القواعد، بالنسبة لهذا النزاع، قاعدة حل النزاع بالطرق السلمية وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، كما أشارت إلى هذه القاعدة الأخيرة المادة ٢٦ من اتفاقي فيينا بشأن قانون المعاهدات لعام ١٩٦٩. فقاعدة العقد شريعة المتعاقدين قد تم تبنيها في هذه الدراسة كوسيلة لإجبار طرفي النزاع للرضوخ إلى حل هذا النزاع بالطرق السلمية، حيث أشارت المادة ٣٨ (١) ج من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، إلى أن هذه القاعدة معترف بها في جميع الأنظمة القانونية، ومن بينها القانون الإسلامي. ولما كانت جمهورية إيران الإسلامية ودولة الإمارات العربية المتحدة قد أعربتا عن موافقتها المتضمنة في تصديقهما على ميثاق منظمة المؤتمر الإسلامي، هذا الميثاق الذي يعتبر معاهدة ملزمة لأطرافها، فإن التزام طرفي النزاع بحل هذا النزاع وفقاً للإجراءات التي حددها هذا الميثاق لم ينشأ بسبب تصديقهما على هذا الميثاق، بل بسبب قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. وقد حدد ميثاق منظمة المؤتمر الإسلامي إجراءات هذا الحل في المادة (٢) ب٤، كالمفاوضات، الوساطة، التوفيق والتحكيم.

ولما كان القانون الدولي والقانون الإسلامي يمنح أطراف النزاع الحق في اختيار

الإجراءات المناسبة للحل، فإن طرفي النزاع كدولتين مسلمتين ينبغي عليهما اتباع ممارسات الدولة الإسلامية، والتي عادة ماتفضل إجراءات التحكيم على الإجراءات القضائية الأخرى، حيث أنه في إجراءات التحكيم يشارك أطراف النزاع أنفسهم في صنع القرار. وإذا كان ميثاق منظمة المؤتمر الإسلامي لم يخصص إجراءات معينة للتحكيم، فإن هذا الميثاق قد حدد إجراءات خاصة للمفاوضات والوساطة والتوفيق. وأخيراً وليس آخراً، فإنه ينبغي التأكيد في هذه الدراسة على أن حل موضوع هذا النزاع من خلال أي من هذه الإجراءات ليس فقط أمراً مطلوباً في القانون الدولي المعاصر، بل أيضاً أمراً إلزامياً بنص القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة.



referred to in Article V (2) g. Lastly, it is to be emphasized by this study that the settlement of the present disputes through anyone of these procedures is not only obligatory under international law, but required by the Holy Qur'an and the *Sunna* as well.



from the responsibility to settle their differences by peaceful means, as required by the principle of *jus cogens*.

The principle of *jus cogens* has evolved through conventional and customary international law, the importance of which, for the present disputes, are the principles of peaceful settlement of the disputes and of *pacta sunt servanda*, as defined in Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

The principle of *pacta sunt servanda* has been employed by this study as the key for the compulsory settlement of the disputes, whereas it is recognized by all legal systems, including the Islamic legal system as domonstrated by Article 38 (I) c of the I.C.J. Statute. Just in one single treaty, without exploring the rest, the principle obliges the parties to the present disputes on the grounds that the Islamic Republic of Iran and the U.A.E. gave express consent, embodied in their instruments of ratification to the Charter of the O.I.C., which, as a treaty binds the parties not because of their instruments of ratification, but specifically due to the principle of *pacta sunt servanda.* Under this principle, the two states are to apply the procedural mechanism of peaceful settlements embodied in Articel II (B) 4 of the charter of the O.I.C. to the disputes, such as negotiation, mediation, reconciliation and arbitration.

As compulsory procedures imposed by international and Islamic law, the parties have mutually to choose between the techniques employed by each procedure. As previously stated, the Islamic states usually prefer arbitration to ajudication, for the parties themselves take part in the decision. The Charter , however, does not specify any arbitral procedures, eventhough it invisages certain techniques for negotiation, mediation and reconciliation , as

solved by the most effective peaceful procedures.

4.4 The Islands and the Most Apligatory Procedures for the Peaceful Settlement of the Disputes over them :

As it has been pointed out, the three islands are in harmony with the concepts of territory and of islands in international law, for which the application of the procedures of international law for the settlement of disputes over pieces of land, are only required. The guiding principle of the application of these procedures is the faithful observance of the principle of abstention from the threat or use of force in settling the disputes, as asserted in the Charters of the U.N. and of the O.I.C. Accordingly, the forceable annexation of the three islands in 1971 by Iran, when the emirates were militarly vulnerable, which had no legal support of international law, constituted a breach of this principle. This act, under international law enables the U.A.E. to invoke the right of self-defence at any appropriate time in the future to recover the disputed islands from the Iranian occupation, unless Iran accepts the U.A.E.'s invitation to submit the disputes for peaceful settlement in accordance with the procedures recognized by international or by Islamic law.

It is true that these procedures are voluntary, but they are embodied in multilateral law-making treaties, such as the Charters of the U.N. and of the O.I.C. Article 33 and 37 of the U.N. Charter are embodied general proedures for the settlement of international disputes, which are reiterated in Articl II (B) 4 of the Charter of the O.I.C., such as: "negotiation, mediation, reconciliation or arbitration". The articles do not impose any obligation on the disputant states to follow any one of these procedures, but international and Islamic law do not release anyone of the disputant states

of their title to the islands.

4.3 Examination of the Bases of the Claims and Counterclaims against the Prevailing Principles of Contemporary International Law :

It has been noted also that Iran has raised her claims of sovereignty over the three islands while the islands were in the possession of Sharja and Ras al-Khaima; a fact which puts the burden of proof on Iran's part to support her claims of any one of the overruling principles of contemporary international law, such as the acquisition of title to territory; effectiveness; and recognition. Thorough investigation, however, of the application of each one of these principles to the basis upon which the Iranian claims are founded has clearly presented unsubstantial legal bases, or at least no support at all to the claims. The counterclaims presented by Sharja and Ras-al-Khaima have been equally treated as those of Iran, whereas the legal grounds of the counterclaims have been thoroughly examined against the overriding principles of contemporary international law, such as the principle of territorial sovereignty and of recognition of newly independent states. It has been evidenced that the principle of territorial sovereignty in both its negative and positive aspects runs contrary to the Iranian forceable annexation of the three islands in 1971. At the same time, the principle of territorial sovereignty has been firmly exercised by Sharja and Ras al-Khaima over the three islands. Upon the formation of the U.A.E., she was recognized as a newly independent state; a recognition which implied an acknowlegement of title to her territory, which means, under international law, that the three islands, as parts of her territory, came under the sovereignty of the U.A.E., and therefore, the disputes over them could be

in its merit in order to reach its full extent. Deep scrutiny, however, reveals that the disputes consist of claims of sovereignty over the islands which are founded in certain legal grounds alleged by Iran, and counterclaims based on other legal grounds maintained by U.A.E. on behalf of Sharja and Ras al-Khaima. The study has reached its aim through analysis of the issue, the balance bettween the two arguments in order to reach the basis of each of them, the examination of the basis of each argument against the overriding principles of contemporary international law, and the finding out of positive and effective procedural disputes.

4.2. The Bases of the Claims and Counterclaims :

The study has explored, for the investigation of the basis of the claims and of the counterclaims, the location of the three islands, whereas the three islands have been found as close to the two emirates as to Iran . The three islnds are populated by Arabs from the same origin as the populations of the two emirates, facts also which are more supportive to the U.A.E.'s counterclaims than to the Iranian claims.

The Iranian claims of sovereignty over the three islnds are merely founded on the principles of historical title, of geographical contiguity, of conquest in traditional international law, and of recognition, all of which have coincided with the threat of, or use of, force and its maintenance.

The principles upon which the Iranian claims are based have been countrclaimed by Sharja and Ras al-Khaima on the grounds that the three islands have been historically recognised as parts of the territories under their continuous soveriegnty, and the international recognition of the U.A.E. as a newly independent state has embraced the recognition

principles to many territorial disputes, resulting in the two horrible and destructive wars of 1980 and of 1991. This odd attitude has not been positively reconsidered by the Gulf states, as it can now be seen in the very boiling disputes between the Islamic Republic of Iran and the U.A.E. over Abu Mosa Island and the two Tunb Islands.

As an ongoing problem endangering peace and security in Gulf, the disputes between the Islamic Republic of Iran and the U.A.E. have attracted much more investigation here than others, in which historical facts have been employed for the realization of the practical application of the principles of contemporary international law.

As historical facts cinfirmed by official documents, the three islands had been in the possession of Sharja and Ras al-Khaima , before Britain entered the Gulf in 1820, and even before Iran raised her claims of sovereignty over the three islands at the beginning of this century. Political pressure, as exerted on the Ruler of Sharja to conclude the so-called Memorandum of Understanding with Iran in 1971, which resulted in the stationing of Iranian forces in Abu Mosa Island. The use of force, by the Iranian occupation of the two Tunb islands on 30 November 1971, has been hostorically evidenced as the reason behind the loss of the two emirates' possession of the islands. In spite of all these facts, which favorably add some legal weight to the U.A.E.'s counterclaims, the U.A.E. on behalf of her two component emirates, has occasionally endeavored to convince Iran to submit the disputes to an international body for peaceful settlement; a move which has been always rejected by Iran.

The realization of pratical application of the principles of contempoary international law to the disputes, as the aim of the study, requires the treatment of each aspect of the disputes

sunna, saying that : " But no, by thy Lord, they can have No (real) Faith, until they make thee judge in all disputes between them, and find in their souls no resistance against Thy decisions, but accept them with the fullest conviction".[1] The second case concerns the disputes btween couples and the submission of the disputes to arbitrators from both families[2]. This technique has been effectively followed throughout the practice of the Islamic state in settling disptues, the importance of which was the arbitration between the Prophet (peace be upon him) and Bani Quraza[3].

4. Conclusions :

Finally, we may summarise our conclusions as follows :

4.1. The Approach :

The enduring quest for a peaceful settlement of the disputes between the Islamic Republic of Iran and the U.A.E. over the three islands has potentially paved the way for the parties to accommodate their differences by replacing the rule of force with the rule of contemporary international law. For this end, the study has illustrated how the antecedent principles of international and Islamic law interacted through the practice of Islamic and non-Islamic states. From this process, certain apligatory principles for peaceful settlements of disputes have formed and have become generally binding on all states, including the Gulf states, as parties to several multilateral law-making treaties. Notwithstanding the recognition of the Gulf states of these principles, as promulgated in the treaties, it has been evident that some of these states have not, in practice, applied those

(1) The Holy Qur'an , Al-Nisa' IV, 65.

(2) Ibid, Al-Nisa' IV, 35.

(3) Ibn Hisham. Al-Sira al-Nabawiyya, edited by Mustafa al-Saqqa and others, Mu'assasat ' Ulum al-Qur'an, (no date), part 2, p.239.

Finally, if all these peaceful settlement techniques have been ineffective the parties should resort to arbitration.

The Islamic state usually prefers arbitration to a judication, since the parites to the disputes take part in the judgement. Article II (B) 4 does not specify the way of applying arbitration techniques to disputes between the member states. Regarding negotiation, mediation, and reconciliation, the Article envisions certain techniques, such as the use of diplomeatic channels and the good offices of a third party, or through the foreign ministers of the Islamic Conference, as referred to in Article V (2) g of the Charter of the O.I.C. The Charter, however, does not specify any body or bodies as arbitrators.

This mandate has been entrusted to the Council by Article 5 of the Chater of the Arab League to conduct arbitration and mediation, provided that the decision is taken by a majority of votes. The main deficiencies of the Article are the exclusion from arbitration of all disputes regarding the independence, soverignty and territorial integrity of any member state.[1] In addition the Arab states did not accept the compulsory jurisdiction of Council, and the Council had failed in many arbitration cases.

As it has never been impossible for any party to agree on the appointment of an arbitrator, the application of arbitration techniques to the present dispute is not only required by international law but also appligatory in the Holy Qur'an and the *Sunna*. Acknowledgedly, the Holy Qur'an refers to arbitration techniques in two cases : the first is to arbitarte to the prophet (peace be upon him), i.e. to the

(1) Foda, E. The Projected Arab Court of Justice, A Study in Regional Jurisdiction With Specific Reference To the Muslim Law of Nations,The Hague 1957, p.22.

in the terms laid down in Article 2 para. 4 of the U.N. Charter, the principle of peaceful settlement of disputes[1] and the principle *pacta sunt servanda*, as defined in Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties .

The last two principles effectively cover the prsent dispute and thus, provides a peaceful solution, not only in accordance with international law, but also with regard to Islamic international law. The principle of *pacta sunt servanda* binds the parties to the present dispute, as it draws its validity from the fact that it has always continued as an integral part of most legal systems, including Shari'a, to which Artecle 38 (I) c of the I. C. J. Statute refers asconstituting: "general principles of law recognized by civilized nationas". The Islamic Republic of Iran and the U.A.E. gave their express consent as embodied in their instruments of ratification to the Charter of the O.I.C.[2], as a treaty, which derives its binding force not from the instruments themselves, "but from the principle *pacta sunt servanda* - an antecedent general principle of law. The law is that the obligation must be carried out but the obligation is not, in itself law"[3].

The obligation ensuing from the Charter of the O.I.C. is that the two states should apply a peaceful settlement mechanism embodied in the Charter. Article II (B) 4 of the Charter of the O.I.C. contains various techniques for peaceful settlement, adopted from the practice of the Islamic state, among which the parties to the dispute ought to choose, beginning by negotiation, mediation and reconciliation.

(1) on general principles accepted as *jus cogens*, see: Ago, R. Hague Recueil des Cours, 1971, III, p.324.

(2) U.N.T.S., 1974, vol. 914, p.111.

(3) Fitzmaurice, Sir Gerald. Some problems Regarding the Formal Forces of International Law, Symbolae Verzijl, 1958, p. 153.

3.2.2.2. Application of the Most Appligatory and Effective procedures in Islamic Law to the present Disputes :

The question which arises here, is whether or not there are apligatory rules, in international law or in Shri'a to compel the parties to the present disputes to submit the dispute for a peaceful settlement, such as adjudication, conciliation or arbitration? Generally speaking, the submission of a dispute to adjudication or arbitration, in international law and Shari'a, is a voluntary act, but the settlement of the dispute by peaceful means may involve rules of *jus cogens;* rules which compel the parties to settle their dispute by peaceful means.

In international law, *jus cogens* can be defined as being those principles or norms from which no derogation is permitted [1]. Acording to article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, it is an additional characteristic of a norm of *jus cogens* that it"... can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character". The principles of *jus cogens* evolve through multilateral law-making conventions, or throgh international customary law. Article 64 of the Vienna Convention on the Law of Treaties provides that : If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates". "It may be interpreted that the use of the word "emerges" in the previous article means that a norm of *jus cogens* could be one of the principles of conventional and customary international law, the importance of which, for the present dispute, are: the prohibition against the threat or use of force

(1) see generally: suy, E. and others. The Concept of Jus Cogens in International Law, 1967; Sztucki, J. Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties; A Critical Appraisal, 1974.

(I.C.J.), or to accept the submission of the disputes to this court by the U.A.E. The two states have to mutually agree to submit the disputes for judicial settlement; in this way, and only in this way, such submission is not regarded as derogation of sovereignty[2] by either one of the two states.

The Iranian attitude towards judical settlement of the present disputes is in conformity with the widely prevailing view in international law that judicial agenies are not suitable for settlement of all disputes which result from the conflict of interests[3]. The unilateral submission of the dispute to an international tribunal, or to an international organization or regional organization, is regarded by the other party as constituting a non-freindly act [4], It is also evident that Article 2, 33 and 37 of the U.N. Charter do not oblige any one of the disputant states to follow the procedures of the settlement numerated threin, but instead the articles leave this matter to the free choice of the disputant states. The failure of the disputant states, however, to reach a mutual agreement on following any one of these procedures resulted in the prolongation of the disputes and endangered international peace and security in the Gulf. Accordingly, a positive approach to the peaceful settlement of the present dispute makes it more pertinent to continue the investigation by looking for more appligatory and effective procedures for the settlement.

(2) Ibid.

(3) Anand, R. The Role of New Asian-African Countries in the present International Legal Order, American Journal of International Law, hereinafter refer to as : (A.J.I.L.), 1962, vol.56, p.393.

(4) Ibid, p .406.

declares that : "Should the parties to a dispute of the nature referred to in Article 33 fail to settle it by the means indicated in that Article, they shall refer it to the Security Council". These methods are, in one way or in another, reiterated in Article II (B) 4 of the Charter of the O.I.C., such as :"negotiation, mediation, reconciliation or arbitration".

Article 33 (I) uses the phrase " first of all " before the term: "negotiation", which may be construed as qualification of the settlement of the disputes through negotiations as the primary method. Hence, the Islamic Republic of Iran and the U.A.E. may rely, first of all, on the method of negotiation in settling their disptues over the three islands. If the disputing parties fail to succeed to negotiate, they may then resort to mediation, reconciliation, or arbitration.

Article 33 (I) of the U.N. Charter refers to "judicial settlement", that is not mentioned in Article II (B) 4 of the Charter of the O.I.C., which means that Islamic states, as has been the case with other states, do not always take a positive attitude towards the judicial procedures of pacific settlement of disputes. This attitude of states towards judicial settlement widely appeared in the declaration on principles of international law; despite the declaration was based on Article 2 (3) and Article 33 (I) of the U.N. Charter. In this declaration, the states place more emphasis on the principle of sovereignty in order to be free to choose the procedures of settlement (1) .

Therefore, the Charter of the O.I.C. does not impose any obligation on the Islamic Republic of Iran to submit the presrnt disputes to the International Court of Justice

(1) Continental Shelf Cases, I.C.J. Reports, 1969, p. 47; Brownlie, Basic Documents, opcit, p.40.

international disputes, as embodied in various treaties to which the two states are parties.

The principle of peaceful settlement of disputes, as embodied in Article II (B) 5 of the Charter of the O.I.C is intimately connected with the principle of the "abstention from the threat or use of force against the territorial integrity, national unity or political independence of any member State", as has also been laid down in Article II(B) 5 of the same Charter. Both articles are in conformity with the cardinal sense of Article 2 (3) and Article 2 (4) of the U.N. Charter [1].

Article2 of the U.N. Charter does not specify the methods or procedure by which states can settle their disputes, leaving this matter to Article 33 and 37. Article 33 and 37 are embodied general proedures specifically employed for the settlement of international disputes. Article 33 (I) of the U.N. Charter states that : " The parties to any dispute, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security, shall, first of all, seek a soution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice". If any settlement of the dispute is not reached, in accordance with the previous Article, the disputant states may use the methods embodied in Article 37 (I) of the Charter, which

(1) Article 2 of the U.N. Charter states that :
"3. All Members shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered.
4. All members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations".

states[1], the last but not least of which includes the Charters of the U.N. and of O.I.C. The provisions of some of these treaties, such as the Charter of the United Nations, are, in general, preserved and applied by non-contracting states; in other words, those states which are not parties to the Charter cannot contest the binding effects of the Charter provisions, such as the prohibition of the use of force, the obligation to settle disputes by peaceful means, etc. It is also evident that the said universal international rules are binding upon these not as conventional rules but as customary rules ensuing from general practice of states. The formation of these rules, like the conclusion of treaties, is subject to the will of the states. As the states can create and modify treaties by their consent, they can accordingly do so with regard to customary rules [2].

The creation of these customary rules are the result of a process in international law that is most difficult to trace, but the recognition of the rules as international customary rules can be ascertained unequivocally only when a state in its relevant practice clearly indicates its will and conviction that it accepts the rules in question as binding norms. As successors to the Islamic state, the consent of the Islamic Republic of Iran and of the U.A.E. to be bound by international conventional and customary rules can be asserted by the mere fact that the two states are parties to the U.N. Charter and members of the international community, and thus accordingly, they are bound by the overriding principles of international law which governs international disputes. One of these principles is the principle of peaceful settlement of

(1) Khadduri, M. War and Peace in the Law of Islam, 1955, p.202; Moinuddin, H. The Charter of the Islamic Conference, ClarendOn press, 1987, p.40

(2) Villiger, N. Customary International Law and Treaties, Martinus, 1985,p.4.

embodied in the present articles justify the conclusion that the legality of the Iranian use of force was exteremely doubtful as a means to settle the disputes over the islands, which were under the sovereignty of the two vulnerable emirates. In this case, the non-observance of the principle: "abstention from the threat or use of force" by Iran constitutes a breach of her international obligations; an action condemned by the international community. This conclusion also supports the U.A.E's claim to be entitled to use force individually or collectively in self-defence, at any approperiate time, to restore her sovereignty over the three islands.

The only remedy for the Iranian breach of international law and the prevention of the use of force by the United Arab Emirates, using her right of self-defence to restore her sovereignty over the three islands, is to be found in the immediate withdrawal of all Iranian forces from the three islands. Correspondingly, the two states must sincerely seek a peaceful settlement to the disputes in accordance with the procedures required by international and /or Islamic law.

3.2.2. Required procedures For peaceful Settlement of the Disputes in International and Islamic Law :

3.2.2.1.The procedures of International Law For the Settlement of the present Disputes :

As it is known, the material elements of international law are entirely composed of international treaties and customary rules, the crystalization of which has intimately attributed to states throghout their history. Since the rise of Islam, Islamic states to which the Islamic Republic of Iran and the U.A.E. are successors, have concluded many international treaties with non-Muslim

the O.I.C. and Article 51 of the U.N. Charter lead to a negative answer justifying the Iranian occupation of the islands, though this view is subject to examination. This can be understood from the language of Article 51 of the U.N. Charter, which requires that an actual armed attack must occur in order to use the right of self-defence(1). The phrase : "if an attack occurs" creates a controversial issue regaring the so-called anticipatory self-defence. Some scholars have alleged that Article 51 does not prohibit this Kind of self-defence which can be used against an imminent attack(2). This flexible interpretation of Article 51 may be embarked upon by Iran in order to justify her occupation of the three islands under the pretext of anticipatory self-defence, for the evaluation of the armed attack, as actual and imminent, is left to her discretion. Therefore, under Article II (B) 5 of the Charter of the O.I.C. and on Artical 51 of the U.N. Charter, Iran could have claimed that the islands had been taken from her by Great Britain, and then were given to the two emirates when these emirates were under the Btitish protection. Upon the withdrawal of Great Britain from the Gulf on 31 November 1971, there was an expectation of imminent armed attack on the three islands created by the forces of the Arab Emirates stationed around the islands, which justified the use of force to defend the Iranian sovereignty over them.

This contention is possilply relevant, notwithstanding that anticipatory self-defence is not only a controversial subject in international law, but also runs contrary to Article 2/3 of the United Nations Charter, which requires: member states to settle their disputes by peaceful means. Thus, there is no positive answer to this question. The principles

(1) Kelsin, H. The Law of the United Nations, London 1950, p. 914.

(2) Waldock, C. The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law, Recueil des Cours, 1952, vol. 8, p. 498.

addition, the two emirates have continued calling upon Iran, after the occupation of the three islnds, to withdraw her forces from the islands, and thereafter to submit the disputes to any international body [1], but the Islamic Republic of Iran met that call by a refusal and by threatening to defend her possession in the three islands by force. These facts lead to the conclusion that nothing to explain the replacement of Sharja and Ras al-Khaima by Iran in the three islands unless, by using non-provocative military forces by the latter; an action amounts to agression under international law.

It is noteworthy, however, that, if agression occurs, Article II (B) 5 of the Charter of the O.I.C. and Artical 2 (4) of the U.N. Charter do not impair the inherent right of self-defence[2]. If the U.A.E. had invoked force against the Iranian occupation of the three islands on 30th of November 1971, it would have been in accordance with article 51 of the U.N. Charter. The article states that : "the inherent right of individual or collective self-defence" is to be exercised "if an armed attack occurs". The enhancement of the principle of self-defence by the U.A.E. , at the time of the Iranian invasion of the islands, requires from the former available and ready military forces to resist the foreign invasion. No prompt resistance, it is to be noted, was taken by the forces of the two emirates, for they were militarly in a vulnerable possession. The question, which quests for an immdiate answer hereinafter, is, does the U.A.E. have the right, under conventional international law, to invoke the right of self-defence against the foreign invasion of the three islands at the approperiate time?

Liberal interpretation of Artivle II (B) 5 of the Charter of

(1) see : Article II (B) 5 of the Charter of the O.I.C. , opcit .

(2) Bowett, W. Self-Defence in International Law, 1958, p.185.

The Islamic Republic of Iran has always contended that her action in occupying the three islands was in conformity with this principle in the sense that the islands had never been an integral part of Sharja and Ras al- Khaima, but parts of the Iranian territory, and maintained that Iran had never used force to occupy the three islands. Conversely, the U.A.E., according to the official view, has alleged that if the Iranian argument was accurate with regard to Abu Mosa island it was not so with regard to the Tunb islands, for the two islands were under the sovereignty of Ras al-Khaima up to the 30th of November 1971, the time of the landing of the Iranian forces on the islands. Gradually, the Iranian forces completed the occupation of the two Tunb islands, without due regard to the obligations stipulated in the 1971 Memorandum of Understanding between Iran and Sharja.

It seems here, from the two arguments of the disputant states that "the use of force" is one of the mian factors of the disputes over the islands, hence these claims should be investigated in the light of Conventional international law, Article II (B) 5 of the Charter of the O.I.C. and Article 2 (4) of the U.N. Charter use the term 'Force', as primarily denoting the use of : "armed forces", which includes the regular or irregular forces of a state (1), such as the military and police forces. From this definition, one may inquire how the Iranian forces stationed themselves in the three islands on 30th of November 1971 while the islands were under the *de facto* sovereignty of Sharja and Ras al-Khaima? If it was true that there was a Memorandum of Uneerstanding bettween Iran and Sharja to station some Iranian forces in certain part of Abu Mosa island,, there was not such agreement between Iran and Ras al-Khaima allowing the former to station any forces in the two Tunb islands. In

(1) Brownlie, I. Basic Documents in International Law, 1983, p.38.

This attitude contradicts the international obligations imposed upon Iran by U.N. Charter and by the Charter of the I.C.O.

Taking into account this argument, the examination of the Charters show that Article II (B) 5 of the Charter of the I.C.O. requires that : "The member States decide and undertake that, in order to realize the objectives mentioned in the previous paragraph, they shall be inspired and guided by the following principles : ... abstention from the threat or use of force against the territorial integrity, national unity or political independence of any member State.". The Article embodies one of the main principles in the O.I.C. ' s Charter, which is the principle of respect of the territorial integrity and political independence of each member state. This principle becomes meaningless if it does not prohibit the threat or the use of force to resolve the present disputes. The Article also contains the principle of "abstention from the threat or use of force", which has been adopted from Article 2 (4) of the U.N. Charter. The principle is of a fundamental nature in international law, for it contains contractual obligation, ensuing from the Charters, and as a customary rule having the same binding force on non-member states and member states of the O.I.C. and of the U.N.(1).

The preservation of the obligations ensuing from the principle by the disputant states means that the two states have to abstain from the threat or use of force "against the territorial integrity, national unity or political independence of" any one of them. Consequntly, any territorial claims arising between the two states should be settled in accordance with this principle, i.e., by peaceful means, not by force.

(1) Brownlie, I. International Law and the use of Force by States, Oxford 1963, p.113; Jessup, P. Non- Universal International Law, COlumbia Journal of Trans-National Law, 1973, vol. 12, p. 426.

Zone which was only ratified by the Islamic Republic of Iran. Article 10/1 of the 1958 Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone and Article 121/1 of the 1982 Convention on the Law of the Sea define the term 'island'as: ".. a naturally-formed area of land, surrounded by water, which is above water at high-tide..". The legal nature of the disputed three islands complies with concept of "island", as crystalized in conventional international law. -They are naturally not artificially formed islands [1]; They are also surrounded by sea water and - They are above water at high-tide, i.e., the islands constitute natural pieces of land, and thus, the disputes over the islands are subject to certain rules of international law, which are somewhat different from those governing disputes over sea areas. This study is concerned with the former catagory of rules, eventhough the two catagories may submerge to cover one single dispute.

3.2 The Most Applicable and Effective Mechanism For Settling the Disputes over the Three Islands :

The settlement of the present disputes mainly depends on certain mechanisms embodied in principles and procedures defined by international law, for the parties to be reseved. The guiding principle of all is the parties' observance of abstention from the use of force in settling the disputes.

3.2.1. Application of the principle of abstention From the Threat or Use of Force to the Present Disputes :

Each one of the disputant states claims that the three islands constitute an integral part of its territory , but only the United Arab Emirates has alleged that Iran used military forces to annex the islands from the two emirates in 1971; and continued to threaten to defend her illegal position there.

(1) Sultan, Dr Hamid. Al-Qanoon al-Dawli al-'amm Fi Waqt al-Silm, Dar al-Nahda al-Arabiyya, 1974, p.673.

boundaries between the opposite states, such as the U.A.E. and the Islamic Republic of Iran . Such effects can be seen in the present case, since the disputes between the two states over the islands have led to other disputes concerning the definition of their maritime boundaries [1].

The concept of an island has been well defined in the practice of the Gulf States, even though it somewhat differs from that of international law, Article 1 of the Saudi Arabian decree on territorial waters of February 16, 1958 [2] defines the term : 'Island' as constituting any islet, reef, rock, bar or any permanent artificial structure not submerged at lowest tide. A different definition, which is more consistent with international law, adopted by Article 1 of the Kuwaiti Decree of December 17, 1967[3], which denotes the term 'island' as: "a naturally formed area of land surrounded by water, which is above water at mean high-water tides"[4].

The most recent concept of an island is embodied in the 1982 Convention on the Law of the Sea, which was signed, not ratifid, by the United Arab Emirates and the Islamic Republic of Iran on 10 December 1982 [5], and also before in the 1958 Convention on the Territorial Sea and the Contiguous

(1) Ely, M. Seabed Boundaries between Coastal States, the Effects to be given to Islets as Special Circumstances, International Lawyer 1972, vol. 6, No.2, p.219.

(2) United Nations Legistlative Series, hereinafter refer to as: (U.N.L.S.) National Legistlation and Treaties Relating to the Law of the Sea, 1974, p. 114.

(3) ibid, p.97.

(4) Different definition , however, is adopted by Article 1 of the Omani Decree of July 17, 1972, which considers the territorial waters of Oman starts from the low-water line of the coast of the main land or of "an island rock, reef, or shoal more than twelve nautical miles distance from the main land or another island, rock, reef, or shoal ", ibid, p.24.

(5) ST/LEG/SER.E/11, Multileteral Treaties Deposited with the Secretary General, status as at 31 December 1992,p.762.

under the newly independent state of the U.A.E., just as it would if the territory was ceeded to an old state. This was made clear in the Right of Passage Case[1]. The disputes over the islands could be submitted to an international body for peaceful settlement of the disputes.

As parties to the Charter of the O.I.C[2], and to the U.N. Charter, the disputes over the three islands between the two Muslim states should be solved in accordance with the most applicable principles of international law or of *shari'a* any one of which is mostly effective and applicable to the disputes. The solution, however, can be more effectively facilitated by the defintion of the legal nature of the disputed islands.

3. The legal Nature of the Three Islands and the Most Effective mechanism For the Settlement of the Disputes:

3.1. The Legal Nature of the Islands Under International Law :

The definition of the concept of islands, under international law, and its applicability to the three islands are very important matters in settling any disputes over these islands. It assists in clarifying whether the disputes are arising with regard to the sovereignty over islands or over only a piece of rock. Disputes over rock or bar and suchlike are considered maritime boundary disputes, which are covered by the 1982 Convention on the Law of the Sea. Conversely, claims of sovereignty over an island, in the sense of international law, are regarded as territorial disputes, which ara covered by the rules of international law governing the settlement of disputes over land areas. Moreover, islands, in the sense of international law, have certain effects on the definition of the continental shelf

(1) International Court of Justice, hereinafter refer to as : (I.C.J.) Reports, 1960, p.6.

(2) U.N.T.S., vol. 914, p. 111.

U.A.E.' s title to her territory(1); for the statehood of the U.A.E. includes the notin of territory. However, recognition of U.A.E. does not necessarily oblige the recognized state or states with regard to any outstanding disputes, such as the dispute between Iran and U.A.E. over the three islands. Certainly, the U.A.E. came into existence as a newly independent state in accordance with contemporary international law; without any disputes over its territory, except the disputes over the three islands.

One key to the disputes over the three islands, pertaining to recognition, may be found in allowing that the investigation of the title to the islands go back beyond the moment of recognition of the U.A.E. Before their independence, the seven Arab emirates, including Sharja and Ras al-Khaima were under British protection and jurisdiction. Within that jurisdiction, there are a variety of ways in which British dependencies have emerged into newly independent states, ranging from violent revolution to gradual evolution of sovereignty or sovereignties .

The Arab emirate were born through an evolutionary process and according to international law, the evolution of the emirates and their titles to their territories were matters within the domestic jurisdiction of Great Britain, until the recognition of Sharja and Ras al-Khaima with the other five emirates in 1971(2).

Under customary international law, it has no longer been acceptable to regard that title to the three islands is settled by the mere fact of the recognition of the U.A.E., but that the three islands subsist as parts of the whole territory,

(1) CF. Jennings. The Acquisition of Territory, opcit, p.7 ff.

(2) Abu Dhabi, Dubia. Ajman, al-Fujaira, Um al-Qowain, frauke, H. From Trucial States to the United Arab Emirates, Longman, 1982, p. 347 ff.

was the ethnic relationship between the populations of the two emirates and the populations of the three islands, and the second was the flying of the flag of each one of the two emirates on the three islands[1]. Iran attempted implicitly to recognize the sovereignty of the two emirates on the three islands when the former requested, in 1930, to rent the three islands from the British Government for 50 years, but the Ruler of Ras al-Khaima stipulated the flying of his flag over the islands, a stipulation which was not accepted by Iran[2].

Notwithstanding of the exercise of territoral sovereignty over the three islands by Sharja and Ras al-Khaima, none of these emirates provided evidence of the mode by which she has acquired title to her respective islands. The two emirates only relied on the exercise of territorial sovereignty over the islands as parts of their respective territories, and left aside the question of title to the islands to be governed by the princiole of recognition of a nawly independent state.

2.2.2. The Principle of Recognition of a Newly Independent State :

It will be recalled that the three islands are in harmony with the concept of territory in iternational law, a territory which is one of the elements of statehood [3] of the U.A.E. It follows that when the U.A.E. was recognised by other states, this recognition embodied an acknowledgment of the

(1) As regards Abu Mosa Islands, it has been reported that the population of the island were 80 nationals, in addition to 7 Indian persons and two Iranians, Indian Office Library and Records, R/14/2/625, Confidential, B.O. No.88-0251, British Agency Sharjah - To C.J. Pelly, Eso. O.B.E., Political Agency, Bahrain,20th Jan . 1949, p.1.

(2) Said, Dr Rosemerie. The Conflict Over the Arab Islands in the Gulf, J.G.A.P.S., April 1976, vol. 2. No.6,p.22.

(3) In addition to : population, government and independence, Crawford. The Creation of States in International Law, opcit, p.36 ff.

exercised any kind of exclusive sovereignty over the islnds before 1971.

The two emirates have always preserved in their practice the meaning and spirit of the principle, according to which Iran has never been able to furnish any reliable evidence that the two emirates had, at any time in history, acquired the islands from her by force. At the same time, it has been evidenced that the two emirates had exercised exclusive sovereignty over the islands before 1971, the positive aspects of which are as follows :

- Conclusion of concessions with foreign companies : Shaykh Sultan Bin Saqr al-Qasimi of Sharja concluded with the Golden valley Ochre And Oxcide Co. Ltd, a concession in 1935 [1] for the explortation of Minerals Red Oxcide in Abu Mosa island.

  As the British agent in Bahrain did not oppose the concession, the silence of the agent may be regarded as *de facto* recognition of the protecting state (Great Britain) of the sovereignty of Sharja over the Abu Mosa island[2]. This practice has been followed by Ras al-Khaima in respect of the two Tunb islands, and has been recognised by the protecting state, i.e. Great Britain [3].

- Ethnic relations and the hoisting of the flags of the two emirates : Sharja and Ras al-Khaima actually exercised two aspects of sovereignty over the three islands : the first

(1) Indian Office Library and Records, R/15/2/894- Minerals Red Oxcide at Abu Mosa, 20 Feb. 1936- 6 Jan. 1948.

(2) The protecting state did not object to the concessionary company export of the red oxcide in April 1936, ibid.

(3) This was affirmed by the attempts of the Golden Valley Ochre And Oxcide Co. Ltd., to extent her concession to Tunb islands, Inian office Library and Records, R/15/2/893- Confidential No.C/133/24/1. Monerals Red Oxcide of Tamp Island Memorandum British Agency Sharjah to the Political Agent Bahrain. 9th Feb. 1938.

al-Khaima had never exercised territorial sovereignty in the sense of international law on the islands. These claims bring into the issue the necessity to examine the defintion of territorial sovereignty in international law in order to establish the limit of power of each one of the disputant states and subsequenty to find out whether or not the two emirates had ever exercised territorial sovereignty over the islands.

Since the Islamic Republic of Iran and the U.A.E- with which sharja and Ras al-Khaima united - are members of the United Nations and of the I.C.O., it is the task of international law to delimit the exercise of territorial sovereignty of each one of the two states[1], i.e., Iran and the U.A.E. Territorial sovereignty, in general, refers to the characteristics of rights over a territory, and has positive and negative aspects. The positive aspects of territorial sovereignty appear in the exclusive exercise of authority by the disputant states over their respective territories. The negative aspects of territorial sovereignty appear in the obligation imposed by international law upon each one of the disputant states not to infringe the territorial sovereignty, integrity and inviolability of one another[2].

If one applies the principl in its negative aspects to the disputed islands, one finds out that the Iranian forceable annexation of the islands in 1971, instead of settling the disputes by peaceful means, runs contrary not only to this principle but also to the obligation imposed on Iran by international law not to infringe the territorial integrity of the two emirates in any parts, even if these parts are subject to disputes. Moreover, the principle in its positive aspects does not support the Iranian claims, whereas Iran had never

(1) Seee generally: Jennings. The Acquisition of Territory, opcit, p.2.

(2) Cf. R.I.A.A., Island of Palmas Case, 1928, vol.2, p.839.

principles in the case of the two emirates, whih are somewhat different from those applied to the Iranain claims, may be asserted as that the three islands had been under the *de facto* sovereignty of Sharja and Ras al-Khaima before Iran occupied them in 1971, and union between the seventh emirates was recognized by the international community as a newly independent state. Hence, the legality of the possession of the two emirates in these islands can only be clarified by examining this claim of possession against these principles.

2.2.1. The principle of Territorial Sovereignty:

Before applying the principle of territorial sovereignty to the possession of the two emirates in the islands, the islands should be examined to see whether or not they meet the requirements of interanational law, regarding the concept of territory. Under international law, territory constitutes tangible framework within which a state manifests its power:[1] it includes islands, the territorial seas and the airspace above them[2]. It links a people and their government as a state, if the other requirements of statehood are met [3].

The three islands are in harmony with the concept of territory in international law, since they were parts of the territory within which Sharja and Ras al-Khaima had exercised sovereignty before the Iranian occupation of the three islands in 1971. However, the Iranian claims of soverignty only include the three islands from the rest of the territories of the two emirates, alleging that Sharja and Ras

(1) Hill, M. claims to Territory in international Law and Relations, 1945, P. 3.

(2) See Artical 56 of the 1982 Convention on the Law of the Sea, Doc. A/CONF. 62/122 and Corr. 1 to 11.

(3) Crawford. The Creation of States in International Law, Oxford 1979, p.36 ff.

recognition was an international or a bilateral one [1] .

In this case, Iran had to establish incontestable evidence that the international community as a whole has endoresed Iran's title to the islands, despite any other ambiguous or illegal situation. In the bilateral recognition, Iran would have had to furnish any proof that the two emirates or any other Arab state had recognized Iran's title to the three islands and, thererore, these states were estopped from denying the validity of the 1970 Iranian occupation of the island. However, Iran has been unable to furnish any evidence on any one of these recognitions, and thus, her action of occupying the three islands in 1971 is not only unjustified but also runs contrary to the overruling principles of contemporary international law, and also to the counter-claims presented by Sharja and Ras al-Khaima.

2.2. Applications of the Principles of International Law To the Counter- Claims Presented by Sharja and Ras al-Khaima :

Since Iran has not been able to furnish uncontestable evidence in accordance with international law to justify her claims of sovereignty over the three islands, which had been in the possession of the two emirates before the Iranian occupation in 1971, the balance btween the Iranian claims and the counter-claims maintained by Sharja and Ras al-Khaima requires the examination of the basis of the conter-claims against certain principles of international law, such as the principles of territorial sovereignty, and of recognition of a nawly independent state.

The justification underlying the employment of these

(1) See generally Akehurst, M.Modern Introduction to International Law, 1984, 5th ed. , p.146; Lauterpacht. Recognition in International Law, London, 1948, p. 165; Chen, T. The International Law of Recognition with Special Reference to Practice in Great Britain and the United States, 1951, p.221.

colony and annexed it by force. India justified her action before the Security Council on the grounds that Goa constituted an integral part of India that had been illegally occupied for some fifty years by a colonial power and for this reason force could be used to remedy this situation[1]. The majority of the Security Council took the view that Indian action was contrary to Article 2/4 of the U.N . Charter. Hence, the Indian action cannot be regarded, under customary international law, as a valid mechanism for acquiring title to the territory concerned, and accordingly, this would apply to the Iranian forceable annexation of the three islands, Similarly, when Indonesia forceably occuppied East Timor in December 1975, the U.N. General Assemly in Resolution 3485 (xxx) called upon Indonesia to withdraw its forces from that territory, and so did the Security Council in its resolution 384. Both resolutions did not recognise the transfer of title to the territory to Indonesia by force.

The conventional and customary rules of international law invalidate conquest as a mode of acqiusition of title to territory, but Iran in her argument has contested that her forceable annexation of the three islands in 1971 occurred persuant to the recognition of her title to the three islands, an argument that merits further investigation.

2.1.2.4. Principle of Recognition :

For the sake of argument, if one presumes that Iran occupied the three islands in 1971 by force persuant to the recognition of her title to the islands, the uncertainty of the recognition is to be nullified by distinguishing whether that

(1) S.C.O.R., 16th year, 987th meeting, paras. 46, 60, 74.

and repeated in the Eastern Greenland Cae[1].

Accordingly, Iran cannot establish any evidence that she acquired title to the three islands in accordance with her effective control, since she has never exercised a continuous and peaceful display of territorial sovereignty over the islands, as a result of the conter-claims maintained by Sharja and Ras al-Khaima, whose acquiescence to the 1971 Iranian conquest of the islands may be taken as other grounds for futrer Iranian arguments.

2.1.2.3. The principle of Conquest :

The Iranian conquest of the three islands in 1971 may arguably be taken as mode of acquiring title to the islands, since the rules relating to forceable annexation of a territory afford the occupant some rights and impose upon it certain duties under international law.

This argument is true only to the extent that title *per se* [2] cannot be generated by force itself, nor may force validate, under conventional and customary internationl law, a possession in a territory, which is subject to disputes.

In conventional internationl law, Article 2/4 of the U.N. Charter declares that :"All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations". Furthermore, this principle has been established in state's practice, as in the case of Goa and of East Timor. In the first one, India occupied this Portuguese

(1) P. C. I. J., 1933, series A/B, no. 53.

(2) See generally: Mcdougal and Feliciano. Law and Minimum World public Order, 1961, p.733; Oppenhein. International Law, 8th ed., 1955, vol. II, p. 618.

2.1.2.2. Principle of Effectiveness:

The principle of effectiveness operates, in international law, as a criterion for defining particular facts which may have specific legal concequences[1]. The criterion apparently works more in the field of acquisition of title to territory than in any other field of international law, although in specific cases it operates in conjunction with the other relevant principles, such as sovereignty, conquest and recognition.

The application of this principle to Iran's claims requires that Iran must establish reliable evidence that she effectively controlled the three islands by means of occupation or prescription before the 30th of November 1971, the time of Iranian conquest of these islands, until then she would be regarded as acquiring title to the islands by the principle of effective control. Since: "the continuous and peaceful display of territorial sovereignty ... is as good as title "[2]. Yet, sovereignty has to be exercised by Iran with the intention of seeking control, although such intention may only be realized after the lapse of a certain time. If Iran relied on her claims on this principle, the amount of the Iranian effective control of the islands is varied with regard to the circumstances of the disputes, such as the geographical nature of the islands and the existence, or not, of the conter-clams presented by rival states, such as Sharja and Ras al - Khama, as well-established by Judge Huber in the island of Pamas Case[3],

(1) De Visscher. C. Theory and Reality In public International Law, 1968, pp. 3, 8; Kelsen. General Theory of Law and State, 1949. p.420.

(2) Island of palmas case, R.I.A.A., 1928,2, pp.829,839.

(3) IBID. PP. 829, 840.

territory under contemporary international law [1]. It is well-established that such principles cannot, by themselves, create a title to territory as emphasized in the Islands of Palmas Case[2]. In this case, the arbitrator stated that: "... it is impossible to show the existence of a rule of positive international law to the effect that islands situated outside territorial waters should belong to a State from the mere fact that its territory forms the *terra firma* (nearest continent or island of considerable size)". The only legal relevance of these principles, in the case of the Iranian claims of sovereignty over the three islands, is : "Contiguity is no more than evidence raising some sort of presumption of effective occupation; [by Iran] a presumtpion that may be rebutted by better evidence of sovereign possession by a rival claimant [such as the two emirates]"[3].

The principles of contiguity and of historical continuity can only be taken into account by an international tribunal, when there is genuine doubt about the effectiveness of a state's control over the disputed territory, since then in this case the principles may constitute evidence of effective control by the claimant state, i.e. Iran. This doubt, however, was removed, in the case of the Iranian claims of sovereignty over the three islands, by the mere fact that Sharja and Ras al-Khaima had exercised *de facto* sovereignty over the three islands before the Iranian occupation of the islands in 1971; an occupation which may be taken by Iran as constituting evidence of its effective control of the islands.

(1) Jennings. The Acquisition of Territory, opcit, p.76.

(2) U.N. Reports of International Arbitral Awards, hereinafter refer to as : (R.I.A.A.) 1928, II, p. 829, 854.

(3) Jennings. The Acquisition of Territpry, opcit, p.75; the Eastern Greenland Case, opcit, pp. 45-52.

known from ancient times [1].

- Acquisitive Prescription: acquisitive prescription inicates the acquisition of title to the three islands by Iran through a long-continued and undisturbed possession [2] ; legal requirements negated by continuous conter-claims maintained by the two emirates.
- A Newly Independent State : Iran is an old state; only a newly independent state's recognition coves its title to territory so that this mode is more applicable to the two emirates than to Iran.

2.1.2. Application of the Other Principles of International Law to Iran's Claims of Sovereignty Over the Three Islands:

2.1.2.1. Historical Title and Geographical Contiguity :

It may be recalled that Iran alleged that : "for more than a century, beginning in 1770 British maps marked the Tunb islands as being Persian ... these islands ... formed part of a group of islands virtually constituting an archipelago, all of which has always been part of Iran"[3].

It is self-evident in this passage that Iran based her claim of sovereignty over the islands on the so-called principles of geographical contiguity, and of histotical continuity in traditional international law, both of which have become obsolete as modes of acquisition of title to

(1) Accretion usually occurs as a result of the increase of land by new formations, while cession of territory occurs by agreement between two states, Oppenheim, A. International law 1955, pp.563, 547 respectively.

(2) In the requirements and origin of prescription, see: Jennings, R. The Acquisition of Territory in International Law, Manchester University Press, 1963, p.20

(3) See : statement made by the representative of Iran, S.C.O.R., 1971, 1610th Meeting, 9 December 1971, paras. 212, 215, p. 18.

territorial sovereignty over them at any period of time before the Iranian occupation of the three islands on the 30th of November 1971.

2.1.1.Application of the Principles of Acquisition of Title to Territory in International Law to Iran's Claims of Sovereignty Over the Three Islands :

Acquisition of title to territory in international law occurs through modes and is regulated by certain rules of international law. Any claim of sovereignty over a territory must prove that title to the territory concerned has been acquired through any one of these modes. These modes are : occupation, cession, accretion, acquisitive prescription and newly independent state.

The examination of Iran's alleged title to the islands against these modes shows the following lagal conclusions :

- Occupation : Iran has never alleged that she acquired title to the three islands through occupation; and if she has, the requirements of the occupation, as a mode of acquisition of title in international law are not proved to be available in the Iran's claims. Occupation, as a mode, only gives title to the occupant in respect of *terra nullius* territory, while the three islands were under the *de facto* sovereignty of Sharja and Ras al-Khaima when Iran first raised her claims until she occupied the three islands by force in 1971.
- Cession : the claim also cannot be based on cession, since there is no treaty concluded between the two Emirates and Iran to transfer title to the three islands to the latter.
- Accretion : the islands did not come into existence through accretion of the Gulf, since they have been

2.1.Application of the Principles of Acquisition of Title to Territory and Other Principles of International Law to Iran's Claims of Sovereignty Over the Thrre Islands :

Iran has claimed territorial sovereignty over the three island in accordance with certain legal grounds, while the islands were under the *de facto* sovereignty of Sharja and Ras al-Khaima. As there are intimate relations between territorial sovereignty and title to territory in international law, these legal relations require that Iran's title to the three islands must firstly be proved at any time before the Iranian occupation of the islands, in accordance with international law, before any exercise of territorial sovereignty over the islands by Iran. Iran's title to the three islands means the fullest extent of competence that can be exercised by Iran over the islands[1], only in this sense her title operates *erga omnus*.

Iran could only reach this stand by establishing beyond doubt its acquisition of title to the islands through any one of the five modes of acquisition of title to territory, recognized by contemporary international law, and moreover, prove that she effectively and peacefully controlled the three islands without objection from any other state or states. If all these principles of international law were established by Iran, she would meet the burden of proof required and her claims transferred into a real exercise of territorial sovereignty, eventhough the islands were under the *de facto* sovereignty of the two emirates. Therefore, we will apply the modes of acquisition of title to territory, and then the principle of effective control to Iran's claims of sovereignty over the three islands in order to see whether Iran acquired title to the three islands and controlled them effectively and exercised

(1) Cf. Eastern Greenland Case, Prrmanent Court of International Justice, hereinafter refer to as : (P.C.I.J.), 1933, Ser.A/B, No.53, p.46.

of the Iranian occupation of the islands, Ras al-Khaima was under British protection, and thus Great Britain was legally responsible to defend any part of Ras al-Khaima's territory against any foreign aggression [1].

From what has been presented in the arguments of Sharja and Ras al-Khaima regarding the issue of title to the three islands, it can be concluded that the two emirates have potentially emphazised that the three islands had been historically recognized as parts of the territory under their continuous sovereignty. In addition, the international recognition of the U.A.E., as a newly independent state, covers the recognition of their title to the three islands. Thus, the bases of the two arguments are now defined, but none of them can legally be balanced except by the examination of each basis against the overruling principles of contemporary international law.

2. Application of the Prevailing principles of International Law to the claims and Counter-Claims:

Since all states, Iran on the one hand, and Sharja and Ras al-Khaima (now included in the U.A.E.) on the other, claimed sovereignty over the three islnds, one should examine the grounds upon which each claim is founded against the principles of international law governing the acquisition of title to territory. It may be, however, more justifiable, once again, to begin with the Iranian claims, since they were launched while the three islands were in the possession of the two emirates. It follows that the onus of proof is on Iran's part to support her claims by the overruling principles of international law governing the acquisition of title to territory.

(1) The Times, 10 April 1974.

carried out her claims on 30 November 1971 by sending her troops to occupy the two Tunb islands one day before the termination of the Treaty of Protection between Ras al-Khaima and Britain.

Subsequently, the Iranian occupation of the two Tunb islands was strongly opposed by the Arab states, and the Security Council on 9 December 1971 held a cession regarding the situation in the Gulf [(1)]. At this time, the representative of the United Arab Emirates described the Iranian occupation as constituting : unjustified action historically and judicially, and as running contrary to the Charter of the United Nations.[(2)] He added that: "the British government itself has on numerous occasions stated its belief that these islands were Arabs and that the Itanian claims to them was not based on any legitimate historical or legal basis" [(3)] . One of the Arab states whose representative criticized the Iranian action was the representative of Kuwait. He argued that Iran: "could refer the case to the International Court of Justice or accept arbitration. But all our bids for a peaceful solution were turned down, Iran cannot adjust itself, apparently, to the undisputed fact that these islands have always been Arab islands and that the continuation of the free passage through the Strait of Hormuz is not only essential to Iran's economic life but also equally essential and vital to Kuwait.." [(4)].

All Arab states blamed Britain for her inconsistant attitude towards the occupation on the grounds that at the time

---

(1) S.C.O.R., 1971, Supplement for October, November and December, 1971, p.78.

(2) S.C.O.R., 1971, 1610th Meeting, 9 December 1971, para. 266. p.23.

(3) ibid, para. 271.

(4) S.C.O.R., 1971, 1610th Meting, 9 December 1971, para. 134, 135, p.12.

of the unification of the seventh Arab emirates, including Sharja, has in every occasion invited Iran to withdraw her forces from the island. This position may be construed as implying the application of the principle of *clean slate*[1] to the agreement, as one of the unequal treaties[2]. Accordingly, the U.A.E. did not succeed to the obligations embodied in the ageeement. The ageeement was also opposed by the Arab states on the grounds that the then Sheykh of Sharja entered into the agreement under duress[3] ; a fact which is clearly evidenced by the Iranian attitude towards the Ruler of Ras al-Khaima who refused to enter into any agreement with Iran regarding the two Tunb islands.

1.2.2.2. Ras al-Khaima:

As historical facts, the two Tunb islands wera under the direct sovereignty of the al-Qawasim Rulers, to which the Ruler of Ras al-Khaima relates a *status quo* was recognized by Britain upon her entrance to the Gulf in 1820, a long time before Iran launched her claims of sovereignty over the islands. Later, when Iran raised her claims at the beginning of this century, Ras al-Khaima backed by Britain had continued to reject the claims. A different attitude, however, was adopted by Britain upon the declaration of her intention to withdraw from the Gulf at the end of 1971, since she had insisted that the Ruler of Ras al-Khaima negotiate the issue with Iran, despite the latter's demand that her alleged rights in the islands to be decided in her favour, and therefore, used this claim as a pretext for non-recognition as a newly independent state of the Union among the seventh emirates. When all of this pressure had failed to enforce the Ruler to enter into an agreement similar to that of Sharja, Iran

(1) For more dtails about the principle of clean-slate *(tabula rasa)*, see: Makonnen, Y. International Law and the New States of Africa, 1983, p.132.

(2) Chen, L. State Succession Relating to Unequal Treaties, 1974.

(3) M.E.E.S., No.6, 3 December 1971, p.2.

"(a) The security interests of a country cannot under any circumstances justify the occupation of another's territory, nor can the protection of sea routes be used as an excuse for claiming sovereignty over an island belonging to another state.

(b) Abu Musa has no military importance in the strategic sense, since it is well known that Iran possesses the most modrn aircraft and most powerful naval units and can therefore cover any area of the Arabian Gulf with its modern weapons without making use of Abu Musa. Moreover, Iran has seized the island of Sirri, only some twenty miles distance from Abu Musa, and, assuming its object is security and protection of sea routes, is capable of doing so from this island or other Iranian islalnds at the entrance of the Gulf, which forms a bottleneck known as the Straits of Hormuz"[1].

As mentioned above, Britain, as the protecting state of Sharja, paid intensive effort to mediate between Iran and Sharja in order to reach an acceptable solution to the dispute. The result was no more than the conclusion of an agreement embodid in a "Momorandum of Understanding"concerning the future arrangements of Abu Mosa and its territorial waters[2], which did not completely abolish the sovereignty of Sharja over the island. The legality of the memorandum, however, has always been internally and externally challenged. It was domestically rejected, as was seen by the prompt change of Sharja's Ruler. The new ruler announced on 2 Febuary 1972 that he would seek a new understanding with the Iranian government [3]. Moreover, the United Arab Emirates, which came into existence as a result

(1) ibid.

(2) M.E.E.S., No.6, 3 december 1971, p.4.

(3) M.E.E.S. No.15, 5 Febuary 1972, p.4.

principles against the Iranian arguments.

1.2.2. Background of the Emirate's Counter-Claims:

The Iranian claims and occupation were firstly directed to Abu Mosa Island, which belongs to Sharja and subsequently to the two Tunb Islands, when they were under the sovereignty of Ras al-Khaima. Sharja followed by Ras al-Khaima, has firmly counterclaimed that Iran has never at any time effectively controlled the three islands in the sense of international law.

1.2.2.1. Sharja:

Sharja, however, met the new developments of the Iranian claims by negating the basis upon which the claims were founded and emphasizing the recognition of her own sovereignty over Abu Mosa Island. In her response, she asserted that Abu Mosa Island "has since ancient times been recognised as an Arab island, and has never before been settled by any foreign power, having always been administered by its Arab rulers along the Omani coast...". The British government affirmed this historical right of the Arabs and of Sharja specifically on every occasion, and stated its official view through Sir William Luce, the representative of the British Foreign Secretary in the Gulf area, with the words:"The British Government did not seize Abu Musa from the Iranians and hand it over to Sharjah at the time of its entry into the Gulf. The British Government has since its entry into the Gulf considered Abu Musa to be Arab, and according to old documents in possession of the British Government the island was Arab..."(1). Sharja also added in her response to the Iranian claims that:

---

(1) For more details about these claime see: Albaharna. The Legal Status of the Arabian Gulf States, opcit, p.343.

Understanding, which was concluded btween Iran and Sharja on the 29th of November 1971, by 24 hours, the Iranian troops landed on and occupied the Greater and Lesser Tunb Islands and hoisted the Iranian flag there, justifying the action as merely restoring her sovereignty on the islands, which had been occupied for eighty years by: British imperialist forces"[1].

The Iranian Senator, Abbas Mas'udi[2] reiterated the bases of the Iranian claims arguing that :

- all geographical maps show the Tunb Island in the same colour of the other parts of the Iranian territory.
- the two Tunb Islands are closer to Iran than to Ras al-Khaymah.
- Iran had consistently protested against the British occupation of the islands and this protest had never been rejected by Britain.
- the Iranian and British governments consulted each other on the basis of Iran's rights in the islands after the latter's withdrawal of her territorial claim to Bahrain .
- the islands should be in Iranian's possession, since they are of paramount importance from the strategic point to Iran and to the Gulf region.

It may be concluded that the Iranian claims are based on the principles of historical title, geographical contiguity, recognition and factual conquest. However, Iran has not defined the mode by which she acquired title to the three islands. Yet, Sharja and Ras al-Khaima have constantly, before and after the Iranian accupation of the islands, maintained counter-claims based on certain facts and lagal

(1) Statement of the then Iranian Premier A. A. Hoveyda, Ramazani, R. The Persian Gulf: Iran's Role, University press of Virginia, 1972, pp.56-8 .

(2) He was the cheif editor of Teheran Ettelaat, Amin. International and Legal Problems of the Gulf, opcit, p.163 ff.

claim of sovereignty over the island as emphasized by the memorandum itself. Accordingly, it was agreed that the Iranian troops would station on certain areas of the island as shown in the map attached to the memorandum, over which Iran was given full jurisdiction and the right to fly her flag. Similarly, Sharja was given a full jurisdiction in the remainder of the island and the right to fly her flag over the police post [1]. The revenues accruing from oil exportation were equally divided between Iran and Sharja and Iranian and Sharja nationals shared equally fishing rights in the territorial sea of Abu Mosa [2].

It may be concluded from the memorandum experience, however, that Iran found this kind of solution was not effective in enforcing her claim of sovereignty over Abu Mosa Island. Therefore, in her next step, regarding the two Tunb islands, she embarked upon a different policy.

1.2.1.2. Greater Tunb Island and Lesser Tunb Island:

Similarly , Iran claimed soverignty over the two Tunb Islands alleging that: "for more than a century, beginning in 1770, British maps marked the Tunb islands as being Persian... these ilands... formed part of a group of islands virtually constituting an archipelago, all of which has always been part of Iran" [3].

These claimc coincided with threats that Iran would carry them out even by force, regardless of the treaty of protection between Britain and Ras al-Khaima, which was still in effect. After the announcement of the Memorandum of

(1) ibid.

(2) Ibid.

(3) See : statement made by the representative of Iran, Security Council Official Records, hereinafter refer to as :(S.C.O.R), 1971, 1610th Meeting, 9 December 1971, paras. 212,215,p.18 .

recognizing the Iranian ownership of the island. Moreover, it was claimed that the Iranian extension of sovereignty over the island was necessitated and justified by the maintainance of the security of the Gulf area(1).

The flexible position of Britain towards the new Iranian claims encouraged the Iranian government to become more insistent, as evidenced on 19 May 1970, before the real withdrawal of Great Britain from the Gulf, when the Iranian government informed Her Majesty's government that she considered the island of Abu Mosa and its territorial waters extending to 12 miles to be under her sovereignty (2).

No positive stand was taken by the British government to put an end to the threats directed against the territorial integrity of the vulnerable British protected emirate of Sharja, but rather the British government made an intensive effort to mediate between Iran and Sharja in order to reconcile their differences over the ownership of the island, This effort did not achieve much success, other than exerting havy pressure on Sharja to conclude with Iran the so-called (Momorandum of Understanding) on 29 th of November 1971, concerning the future arrangements of Abu Mosa and its territorial waters (3).

The examination of the memorandum, however, shows that it does not provide any solution to the issue of sovereignty over Abu Mosa island, No cession, recognition of title or transfer of sovereignty of any kind was recognized by any party to the memerandum. Each party reserved its

---

(1) See the Memorandum presented by Sharja to the Arab states concerning Abu Mosa island on 23rd August 1971, Middle East Economic Survey, hereinafter refer to as : (M.E.E.S.), 3 December 1971, No.6, p.4.

(2) El-Hakim. The Middle Eastern States and the Law of the Sea, opcit, p.122.

(3) M.E.E.S., No.6, 3 December 1971, p.4.

1.2.1.1. Abu Mosa Island :

since the arrival of Shah Mohammad Reza Pahlavi to the government of Iran, this state has embarked on an irredentist policy, in which it has claimed sovereignty over islands and areas of its neighbouring Gulf states on the basis of respect for the territorial integrity of its pre-British territorial extent. Relying on the map which was prepared by the Royal Geographical Society in 1892, Iran has insisted that the island of Abu Mosa is an integral part of her territory[1], She contended that following British occupation of the island, Brtitain handed it over to Sharja, despite the fact that previously, Britain had recognized Iran's ownership of the island.

A significant develppment in the from and extent of the claims occurred upon British declaration of her intention to withdraw from the Gulf at the end of 1971, when Iran in several occasions had threatened to restore her alleged title to the island even by force without due regard to her recognition of Sharja and of the principles of international law as embodied in the United Nations Charter. In December, 1969, the occasion of granting an offshore concession to the Buttes Gas and Oil Company 1969 by the Ruler of Sharja, Iran reiterated her claims through the National Iranian Oil company (N.I.O.C.) . The company on 23 June 1970, submitted a letter to the Buttes Gas and Oil Company informing her that Iran reseved :" the right to take any action whatsoever to maintain its sovereignty over the Island of Abu Mosa and its territorial waters". Iran justified the new developments in her claim by stating that : she handed over the island to Sharja when Great Britain became predominant power in the Gulf and the protecting state of Sharja, though the British government continued

(1) Amin, S. International and Legal problems of the Gulf, London, 1981, p. 161.

island. It is about one mile long and 3/4 of mile wide[1].

1.2.The Exchange of claims and Counter-Claims of Sovereignty over the Three Islands :

Upon the discovery of great oil and red iron oxcide deposit in the islands, the disputes of sovereignty over them between Iran from one side and Sharja and Ras al-Khaima on the other, had gradually arisen at the beginning of this century onwards. The disputes took the form of claims of sovereignty over the islands presented by Iran, while the three islands were under the *de facto* sovereignty of Sharja and Ras al-Khaima. The two emirates have constantly counterclaimed the Iranian claims before and after the Iranian occupation of the islands at the end of 1971.

It is, therefore, of paramount importance, for the purpose of this study, to restate the backgrounds of the claims and of the counter-claims and to balance the two main arguments in order to reach certain legal grounds, which can be examined against the most prevailing principles of international law governing the acquisition of title to territory. The investigation begins with the definition of the legal basis of the Iranian claims, since it had been raised while the islands were under the *de facto* sovereignty of Sharja and Ras al-Khama, followed with those of the two emirates' counter-claims.

1.2.1. Background of the Iranian claims :

it is for convenience and for more careful examination one may throw some light on the development of the Iranian arguments with regard to the island of abu Mosa, and then with regard to the two Tunb islands.

---

(1) ibid.

near the mouth of the Strait of Hormuz. It lies approximately 35 miles off the coast of the United Arab Emirates (Sharjah); and approximately 43 miles off the Iraninan coast(1).

The island possesses a surface area of approximately 35 square miles(2) . It has a population of some one thousand, five hundred persons, and the majority of them are related to the Arab tribes living along the omani Coast.

The island is surrounded by deep water providing good anchorage and contains in its surface extensive deposits of red iron oxide (3).

1.1.2. The Greater Tunb Island :

The Tunb island lies 20 km from Ras al-Khaimah, one of the members of the United Arab Emirates and about 17 miles from the Iranian island of Qeshm. The island of Qeshm is 60 miles long and is separated from the Iranian mainland by the narrow and intricate Clarence Strait.

The Greater Tunb island has a surface area of approximately 9 square Kilometers, and is populated by around two hundred prsons (4), most of them are of Arabian origins as those of the Abu Mosa population.

1.1.3. The Lesser Tunb Island :

This island is located about 90 km far from the coast of Ras al-Khaima. It also lies 8 m West from the Greater Tunb

---

(1) El-Hakim, A. The Middle Eastern States and the law of the Sea, 1979, p.122.

(2) Al-Arabi Magazine, October 1968, issue No.119, p.38.

(3) Al-Feel, Dr. Muhammad. Al-Khalidj al-Arabi fi Muwajahat al -Tahaddiyat, Journal of the Gulf and Arabian Peninsula Studies, hereinafter refer to as: (J.G.A.P.S), October 1976, issue no.8. p.71.

(4) ibid; Al-Arabi Magazine, opcit, p.42.

in accordance with the principles of international law"[1]. Soon after, the Islamic Republic of Iran vigorously opposed the invitation of the G.C.C. Heads of States by defending her position in the islands and reiterated her claims of sovereignty over them.

Throughout the entire period of the disputes, a few legal studies have hastily come across the description of this issue without toggling it or providing an alternative legal solution. Therefore, it is the main purpose of this study to deeply scrutinize this problem, to balance the argument of each party against the prevailing principles of contempotary international law, and to provide a practical and positive legal mechanism for peaceful settlement of the disputes, if the parties faithfully agree to apply them.

1. Location of the Islands and the Exchange of Claims and Conter -Claims of Sovereignty over Them :

It is pertinent for the purpose of this study to concentrate hereinafter on the distances between the islands and each territory of the disputant states, their surface areas and the ethnic relations between the populations of the islands and those of the disputant states. These elements possess crtain lagal nexus with the principles of international law governing the acquisition of title to territory. Moreover, these elements will be of some help in assisting the claims and counter-claims of sovereignty over the islands.

1.1 Location of the Islands :

1.1.1. Abu Mosa Island :

As far as Abu Mosa is concerned, it is an island located

(1) Al- Qabas (Newspapers) 23 December 1993; Al Watan (Newspapers) 23 December 1993, p.22.

sovereignty of Sharja and Ras al-Khaima, before the formation of the U.A.E. Upon the declaration of Great Britain to withdraw from the Gulf at the end of 1971 and before the real withdrawal, Iran tried to carry out her claims though different means. She exerted heavy pressure upon the ruler of Sharja to sign the so-called Memorandum of Understanding on 29th of November 1971 according to which Iranian forces were stationed side by side with Sharja forces in the island of Abu Mosa. The next day, other Iranian forces accupied the two Tunb islands and hoisted the Iranian flag there without the consent of the Ruler of Ras al - Khaima .

After the formation of the U.A.E. and its admision to the membership of the United Nations and to the O.I.C., to which the Islamic Republic of Iran was a member, the government of the U.A.E., in several occasions, invited the Islamic Republi of Iran to settle peacefully the disputes over the islands though the coordinated and very effective mechanism for the settlement of international disputes as embodied in the Charter of these organizations. Until now, these invitations were to no avail. One of these occasions was the G.C.C. 14th session on 23 December 1993, in which the G.C.C. Heads declared that : " The Islamic Republic of Iran should affirmatively respond to the invitation submitted to her by the President of the United Arab Emirates for the assumption of direct negotiation regarding the Iranian occupation of the United Arab Emirates' three islands". The invitation continued, adding that: "The G.C.C. members completely support and absolutely agree with the position of the United Arab Emirates. They also support all procedures and peaceful means, which the United Arab Emirates may rely upon in order to resume her sovereignty over the islands

legally binding *erga omunes*, such as the principle of acquisition of title to territory; the principle of territorial sovereignty ; the princilpe of effective control as evidence of good title to territory; the principle of recognition; the principle that all members of the United Nations shall refrain from the threat or use of force against the territorial integrity or plitical independene of others; and the principle that the members of the United Nations shall settle their international disputes by peaceful means.

as an integral part of the international community and of the Islamic world, the Gulf states have recognized the validity and the binding force of these principles, as can be found in many international treaties, which will be mentioned. However, recognition of legal principles is not enough for the replacement of the rule of force by the rule of law in settling international disputes, as can be realized in the practice of these states.

The Gulf states have bitterly experienced the horrible and destructive wars of 1980 and of 1991, the underlying reasons of which were territorial claims and counter-claims, according to which none of these recognized principles had been applied in good faith. Unfortunately, the rise of the imminent danger of a third war can be expected sooner or later, as a result of the building up of the controversy between the Islamic Republic of Iran and the United Arab Emirates (U.A.E.). concerning the sovereignty over the three islands of Abu Mosa, and of Greater and Lesser Tunb(1).

The Iranian claims and the U.A.E.' s counter-claims of sovereignty over the three islands date back to the beginning of this century, when the islands were under *de facto*

(1) Albaharna, H. The Legal Status of the Arabian Gulf States, Manchester Univirsity press 1968, p. 304.

INTRODUCTION :

Although it seems that a positive approach intends to enter the arena of the very well-known controversy arising btween naturalist and positivist theories concerning the basis of obligaton in international law, we firmly adopt the most prevailing view in international law that the practice of states constitutes wide acceptance and recognition of the validity of international law as an obligatory system without requiring about the very debatable question of the basis of the obligation in international law.

This approach is more practical than theoretical and less controversial, at least with regard to the recognition of the emergence, in state practice, of many obligatory legal principles common to all legal systems of civilized nations. For instance, in the age of international organization, intrnational law and Islamic law have exchangebly intermingled and interacted[1], as a result of the participation of many Islamic states in the membership of the United Nations and its specialized agencies; and the establishment of many Islamic international Organizations by the same states such as the Islamic Conference crganization [2](I.C.O.) and the Arab League. Many modern legal principles, relating to international and Islamic law, have emerged from this very process of interaction and have become

(1) See: professor David De Santillana, on praising Islamic law and pointing out the contribution of it to the European law, in Schacht, J. and Bosworth, C. (eds) The Legacy of Islam, Oxford 1974, p.309; Marcel Boisard stated that the influence of Islamic ideas and legal princilples in the founders of Modern international law is far from remote, Boisard, M. On the Probable Influence of Islam on Western and Public International Law, International Journal of Middle East Studies, hereinafter refer to as: (I.J.M.E.S.), 1980, vol.II, p.429.

(2) On the Charter of the Islamic Conference Organiztion, see: U.N.T.S., vol. 914, p.111-116.



POSITIVE APPROACH TO THE DISPUTES OVER THE THREE ISLANDS : ABU MOSA, TUNB AL-KUBRA AND TUNB AL-SUGHRA

By

Dr. Medwis AL- Rashidi *

* *Teacher of Human Rights and the Law of the sea at Kuwait University - Faculty of Law .*

1- The Journal of Sharia and Law publishes original and indepth studies related to the Islamic jurisprudence (Figh) and the law.

2- The Contributions may be written in Arabic, or in English or in French.

3- The Contributions should be between 5,000 and 10,000 words (16 - 32 pages of A - 4) excluding lists of references.

4- The Contributions must not be part of a Ph.D or an MA thesis, and must not have been published before in any form or Submitted for Publication to any other journal. The author is required to submit a statement to this effect.

5- The authors are advised to observe academic rules with regard to references, footnotes, sources, and all other rules of research . References and footnotes should be cited Properly .

6- The Contributions must be carefully written and Sharia texts must be clearly indicated.

7- The Contributions should be free from linguistic and spelling errors.

8- The Contributions should be typed. Three copies should be sent to the editorial board of the journal.

9 - The authors are required to include a summary of their academic qualifications and publications .

10 - All Contributions are subject to review by outside readers.

11 - The authors will be notified within two months from the date of the receipt of their articles by the editorial board, whether their work has been accepted or not.

12 - The academic Departments of the Faculty of Sharia and Law have established a list of readers for reviewing the articles submitted to the journal. The list is subject to the approval of the editorial board of the journal, and the readers of the articles are paid an honorarium, in accordcnce with the rules applied by the UAE University .

13 - the editorial board of the journal, in deciding which articles will be published , it takes into account the importance of the topics to the UAE, and the diversity of the views represented in the journal.

The Objectives and Publishing Rules of the Journal of Sharia and Law

(a) The objectives of the Journal :

The journal of the Faculty of Sharia and Law of the United Arab Emirates University is Published once a year and the articles published in the journal are reviewed by outside readers from well Known univrsities in the World.

The objectives of the journal are as follows :

1 - Publishing original articles written by specialists in the fields of sharia (Islamic Law) and law in general in order to enrich these two fields and create opportunities for faculty members of Sharia and Law of the UAE University to publish their work and broaden their perspectives on complex legal issues which are of great importance to legal scholars and the society at large.

2 - Strengthening The academic and scientific contacts between the Faculty of Sharia and Law of the UAE University and other Universities in the World.

3 - Analyzing contemporary issues within the framework of the sharia and law, especially the issues relating to the UAE, the Arab world, and Islamic Nations.

4 - Studying the academic trends in the fields of Sharia and law and assessing current legal developments as demonstrated in new publications in the fields of sharia and law , and in the dissertations submitted to Arab Universities, and other universities in the rest of the world as well as conferences and siminars dealing with human and environmental Problems. The Journal of the Faculty of Sharia and Law provides also a forum for commenting and analyzing the judgements of the courts of the UAE and of the other Arab States .

5 - Creating opportunities for academic exchange of views with similar journals.

(b) Publishing Rules :

With respect to the publishing rules of the Journal of Sharia and Law of the UAE University, they are as follows :



Contents





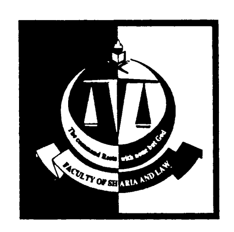
IN THE NAME OF
GOD
MOST GRACIOUS,
MOST MERCIFUL





The United Arab Emirates University

THE JOURNAL OF SHARI'A AND LAW



" A REFEREED ACADEMIC PUBLICATION "

ISSUE NO 10/ GAMADA EL THANI/RAJAB 1417 - NOVEMBER 1996